



Paksy Máté

A konstitucionalizmus archeológiája

Történetek
és elméletek
az összehasonlító
alkotmánytan
köréből

Gondolat

Paksy Máté

**A konstitucionalizmus
archeológiája**

392



A sorozat szerkesztői

Paksy Máté
Tattay Szilárd

Paksy Máté

A konstitucionalizmus archeológiája

TÖRTÉNETEK ÉS ELMÉLETEK
AZ ÖSSZEHAISONLÍTÓ
ALKOTMÁNYTAN KÖRÉBŐL

Gondolat Kiadó
Budapest, 2014

A kötet megjelenését a Nemzeti Kulturális Alap támogatta.



© Paksy Máté, 2014

Minden jog fenntartva. Bármilyen másolás, sokszorosítás,
illetve adatfeldolgozó rendszerben való tárolás
a kiadó előzetes írásbeli hozzájárulásához van kötve.

*www.gondolatkido.hu
gondolatkido.blog.hu
facebook.com/gondolatkido
twitter.com/gondolatkido*

A kiadásért felel Bácskai István
Szöveggondozó Gál Mihály
Borítóterv Pintér László
Tördelő Lipót Éva

ISBN 978 963 693 269 5
ISSN 2064-7107

Tartalom

Bevezetés	7
I. Jogbölcseleti prelúdium	13
1. Montesquieu, Hart és a francia jog szelleme	13
2. Norberto Bobbio jog- és normaelméletének vázlata	25
2.1. Bobbio méltatása	25
2.2. Metascientia iuris	26
2.3. Ordo juris	36
2.4. Regula juris	42
3. Az engedelmeskedési kötelezettség kérdése a III. Köztársaságban: Duguit és Carré de Malberg	54
3.1. A jogi pozitivizmus problémája és a jog ontológiai kérdése – Franciaországban	54
3.2. A nemzeti szuverenitás elve Carré de Malberg voluntarista államelméletében	59
3.3. Erőszak vagy erkölcs? A jogrend alapjainak kérdése (Duguit)	64
4. Kelsen jogértelmezéstana	78
Bevezetés	78
4.1. Szinkronikus elemzés (rekonstrukció néhány kérdés alapján)	81
4.2. Diakronikus (eszmetörténeti) elemzés	90
4.3. Az értelmezés három formája	93
4.4. Összegzés	109

II. A konstitucionalizmus archeológiája	113
1. Az alkotmánybíráskodás kezdetei Franciaországban: az „igazságosság ágya”	113
2. Az alkotmányozó hatalom és az alkotmányos esküdszék (Sieyes)	119
3. A francia Marbury vs. Madison	127
4. Alapjogvédelem, alkotmánybíráskodás, demokrácia	131
4.1. A francia alkotmánybíráskodás	132
4.2. Az alkotmányvédelem további intézményei	135
5. Alkotmánybíráskodás és demokrácia	138
5.1. Jogértelmezéstan és a normahierarchia elmélete	139
5.2. Az alkotmánykontroll neorealista és deliberatív igazolása	144
6. Az eredeti originalizmus avagy az originalizmus eredete	173
7. Az alkotmányértelmezés művészete Kanadában	204
III. Törvénytudók árulása? A jogdogmatika erkölcsi semlegessége illegitim jogrendszerben	227
1. A „Duverger-ügyről” általában	228
1.1. A „vádlottról”	228
1.2. A „vádpontok”	232
1.3. A „bizonyítékok”	234
1.4. A „védelem” érvei	254
2. A „Duverger-ügy” jogfilozófiai dimenziója	257
2.1. A jogi pozitivizmus elleni vádak	259
2.2. A jogi pozitivizmus védelme	268
3. Az esetközpontú jogdogmatikája megközelítése	285
3.1. Jogi pozitivizmus és természetjog-tan	286
3.2. Jogtudomány és erkölcsi semlegesség	293
3.3. Súlyosan igazságtalan törvények kommentálása	294
3.4. Illegitim, de legális jog problémája	294
3.5. A „nehéz eset” jogdogmatikája	297
Név- és fogalommutató	299

Bevezetés

Jelen monográfia három fő részből áll. A jogbölcseleti prelúdiumban közölt írásaim elkészítése során a jogi pozitivizmus irányzatához sorolt szerzők gondolatainak kritikai bemutatását tűzttem ki célul. Úgy gondolom, hogy az összes pozitivistatan kiérdemli a kritikát. Ezek közül van, ami annyira jó tan, hogy szellemi kihívás a helytelenség kimutatása, és van, ami annyira semmitmondó, hogy azt már nem lehet szó nélkül hagyni.¹ A monográfia második fő része az alkotmányosság

1. Az I. részben közölt kutatásaim az alábbi helyeken jelentek meg előzetesen. 1. alcímhez: Montesquieu vonzásában. *A Törvények szelleme* értelmezései és jogbölcseleti vonatkozásai, in Frivaldszky János (szerk.): *A jogi gondolkodás mérföldkövei a kezdetektől a XIX. század végéig*, Budapest: Szent István Társulat 2012, 241–247; On Hartian Questions of Legal Philosophy, in Péter Cserne, Miklós Könczöl (szerk.): *Legal Theory in the Post-National Age*, Frankfurt am Main, etc.: Peter Lang 2011. 31–41; 2. alcímhez: Metascientia, ordo, regula iuris. Norberto Bobbio jog- és normaelméletének vázlata, in Szabó Miklós (szerk.): *Regula Iuris. Szabály és/vagy norma a jogelméletben*. Miskolc: Bíbor, 2004. 249–272.; 3. alcímhez: Az engedelmeskedési kötelezettség kérdése a III. Köztársaság „pozitivistá” jogbölcseletében: Carré de Malberg és Léon Duguit, *Jog – Állam – Politika* 3 (2011). 263–282. 4. alcímhez: Hippokratész ikrei: jog és filozófia a kelsen-i jogértelmezés-tanban, in Cs. Kiss Lajos (szerk.): „Hans Kelsen jogfilozófiája II” *Világosság* (2005) 11, 55–64. és A jogértelmezés formái Hans Kelsen életművében, in: Cs. Kiss Lajos (szerk.): *Hans Kelsen jogtudománya*, Budapest: Gondolat 2007. 253–272.

eszméjének különféle jogi kultúrákban történő megszületését tárgyalja. Egyelőre a Foucault-féle archológiából pusztán csak annyit veszek át, hogy azt állítom: a konstitucionalizmus többször és nem is ugyanúgy született meg. Így ezen elvont eszme megszületése hol egybeesik az alkotmánybíráskodás kezdeteivel, hol pedig nem. Am egyúttal úgy is gondolom, hogy a jogi kultúrákon átnyúló természetjogi gondolkodás határozta meg a konstitucionalizmus értelmét, megjegyezve, hogy az alkotmánybíráskodás nélküli, de – korlátozott parlamentarizmus pl. egy köztársaság keretei között a retorikai szabályai révén – éppen úgy megfelelni látszik a természetjognak, mint az alkotmánybíráskodás. Az „archológiai” kutatás tehát történelmi kontingencia érvét erősítheti, így adva lendületet és értelmet az összehasonlító alkotmányjogi kutatásoknak. Ha lehet egyáltalán beszélni valamiféle globálisan követhető modellről ma, akkor az a néhány évtizedes múlta visszatekintő (és egy államfelbomlást bírói döntéssel sikeresen elkerülő) Kanada lenne, ahol a francia és az angolszász hagyományokat összezsírozó „gyenge” bírói alkotmánykontroll van. Ez azt jelenti, hogy az alkotmányos párbeszédet a bírák indítják ugyan el, de az alkotmányozó hatalomé az utolsó szó joga.² Végül a harmadik főrészben egy esettanulmány keretében vizsgálom meg, hogy egy autokratikus – vagyis az alkotmányossággal hadilábon álló – rezsim keretei között vajon védtelenné válik-e a jogász, avagy van arra lehetősége, hogy jogtudósként kritizálja a fennállót.

2. Ez a rész a „Hart visszatérő kérdései és a francia jogbölcseleti tradíció” c. doktori értekezésemben, 2011-ben nyerte el ezt a végső formáját (IV. A francia jogrend elismerési szabálya és a demokrácia, 150–217.). Bizonyos részei megjelentek az elektronikus formátumú *Jogelméleti Szemlében* (Az alkotmánybíráskodás kezdetei Franciaországban: az „igazságosság ágya” metafora, 12 JESZ 4.), az e sorok szerzője által szervezett „Európai jog és jogfilozófia” konferencia kötetében (Az originalizmusról, in Paksy Máté (szerk.): *Európai jog és jogfilozófia*, Budapest: Szent István Társulat 2008. 73–91.), valamint a Pázmány Péter Katolikus Egyetem Jog- és Államtudományi Karának folyóiratban (Az alkotmánybíráskodás művészete Kanadában, 8 IAS (2012) 1. 71–84.).

Úgy gondolom, hogy a jogtudomány (vagy jogdogmatika) gyakorlati filozófiába ágyazott diskurzus, és mint ilyen, lehetőséget tesz, hogy a jogtudós a „nehéz” eseteket meghagyja nehéznek, és ne alakítsa át jogtechnikailag megragadható könnyű esetté. Ez a jogtudós erkölcsi felelőssége, ami adott esetben akár hallgatásban is kifejezésre juthat.³

E legutóbbi kérdést Michel Troper értő iránymutatása mellett tanulmányozhattam Párizsban 2003–2004-ben. Bár szinte sose értettünk egyet semmiben, mégis ő volt az, aki minden esetben és feltétel nélkül támogatott nemcsak szakmailag, hanem emberileg is. Az általa kidolgozott francia analitikai módszertől is idegenkedem egy kicsit, illetve fegyelmezzett sem vagyok annyira, hogy egy adott történeti helyzetből annyira ki tudjak ragadni egy jól használható, de lecsupaszított érvet, ahogyan ezt ő teszi. Még mindig könnyebben megy a klasszikus jogbölcséleti történetmesélés hagyományához való igazodás, úgy ahogyan azt tanultam itthoni mestereimtől, Hörcher Ferenctől, Takács Pétertől és Szabó Miklóstól. A szövegek megalkotásakor a tömörségre törekedtem, de sajnos – Pascallal szólva – nem volt elég időm arra, hogy elég keveset írjak.

3. A tanulmányt először francia nyelven írtam meg (*Sur la neutralité de la dogmatique juridique*, Párizs Nyugati Egyeteme, Nanterre La Défense, Jog Elméletének és Elemzésének Központja, könyvtár, 2004). Magyarországon az egy időben rendszeresen megrendezésre kerülő jogfilozófiai vándorgyűlésen mutattam be Győrben. (Ma már ilyen jogbölcséleti vándorgyűlés nem létezik.) Az előadás meg is jelent a konferenciakötetben: Ami a Duverger-afférból következik, s ami nem. Kortárs vita a jogdogmatika erkölcsi semlegességéről, in Szigeti Péter (szerk.): „Államelmélet, politikai filozófia, jogbölcsélet”, *Léviatan* (2005). 307–327. Az ott és később a „házi” doktori védésemen elhangzott kritikák nyomán tovább dolgoztam a szövegen, és így lett az a doktori dolgozatom második fő fejezete (II. A jogdogmatika erkölcsi semlegessége illegitim jogrendszerben, 51–105.). Az új cím utalás a filozófiai tradícióban gyakran megfogalmazásra kerülő árulásra. (Pl. Julien Benda: *La trahison des cleres*, 1927.)

Az alább közreadott fejtegetéseim a pozitívizmushoz valamilyen – rendszerint kritikai módon – kötődő gondolkodók (Michel Troper, Györfi Tamás, Cs. Kiss Lajos vagy Cserne Péter) érdeklődését keltette fel. Talán azért alakulhatott ez így, mert kritikusaiban – ideértve 2011-ben megvédett, a „Hart visszatérő kérdései és a francia jogbölcseleti hagyomány” című doktori dolgozatomat bírálóit, Bragyova Andrást és Szigeti Pétert – olyan emberekre akadtam, akik valamiért érdekesnek találták a nyilvánvalóan antipozitivistá felfogásomat.

Köztudott, hogy a tanulmányutak idő- és pénzigényesek, és jó kollégák nélkül pedig lehetetlenek. Nem lehetek ezért eléggé hálás közvetlen kollégáimnak és barátaimnak, Könczöl Miklósnak és Tattay Szilárdnak a sok-sok segítségért (ideértve a rendszerint utolsó pillanatban elrebegett kérésemre történő helyettesítéseiket), valamint alma materemnek, a Pázmány Péter Katolikus Egyetem Jog- és Államtudományi Karának, hogy sosem gördített akadályt a külföldi tanulmányútjaim⁴ elébe, sőt – mások mellett az ERASMUS programjának köszönhetően közvetlenül is⁵ – kifejezetten támogatta azt.

4. Ezek a tanulmányutak a következők: Faludi Ferenc Akadémia/Stanislas Kostka Alapítvány támogatásával: 2001–2002, *European Academy of Legal Theory* (Belgium) és ugyancsak a Faludi Ferenc Akadémia támogatásával: 2002–2003, Párizs Nyugati Egyeteme, Nanterre La Défense, valamint 2004, *University of Oxford*. A Kanadai Kormány támogatásával: 2009, *University of Toronto*, Kanada. A Francia Kormány támogatásával: 2010, Párizs Nyugati Egyeteme, Nanterre La Défense; a Magyar Ösztöndíj Bizottság Eötvös ösztöndíjával: 2010, Max Planck Institute, Frankfurt, Németország; a Balassi Intézet és a University of Glasgow posztdoktori ösztöndíjával: 2014, *University of Glasgow*, Egyesült Királyság.

5. Jelen kötet nagy részét a Toulouse-i Egyetem könyvtárában finalizáltam, ahová 2012–2014 között – Pierre-Alain Collot professzor úr meghívására – között többször is eljuthattam (PHC Balaton Program 2011–2013 finanszírozta kutatócsoport tagjaként), hogy a tanítási kötelezettségem (ERASMUS Staff Mobility) mellett olvashassak és kutathassak is.

Köszönet illeti a Gondolat Kiadó munkatársait a jelen könyv alapjául szolgáló kéziraton végzett lelkiismeretes munkájukért.

És végül, de nem utolsósorban illő köszönetet mondanom szüleimnek és családomnak azért a türelemért, szeretetért és bizalomért, ami nélkül a nyugodt tudományos kutatás aligha lehetett volna biztosított.

I. Jogbölcseleti prelúdium

1. Montesquieu, Hart és a francia jog szelleme

1.1. Montesquieu-t szinte mindenki kedveli, és a kritikus hajlamúaknak nehéz is fogást találni rajta. A francia jogász kétségkívül művelt és nagy hatású volt. Kiválóan ismerte az antik szerzőket, hosszú időt töltött Angliában; hatása kimutatható az amerikai alkotmányozó atyák írásaiban. A *Törvények szelleme* nyilvánvalóan befolyásolta az európai jogtudományt, sőt a filozófiát is, olyannyira, hogy a francia szociológia jog- és metafizikaellenes „keresztatyja”, Comte is a „szellem” kifejezést választotta művének címéül.¹ Egyáltalán nem kizárt, hogy a Savigny-féle jogtudomány „népszellem” (*Volkgeist*) fogalma is Montesquieu-re utal vissza. A 19–20. század jogi irodalmában egyébként rengeteg mű jelent meg a „szellem” kifejezést tartalmazó címmel.²

Montesquieu megítélését ugyanakkor árnyalhatja, hogy az „antik-hivatkozás” valójában csak neoklasszicizáló divatnak tű-

1. August Comte: *Discours sur l'esprit positif*, Párizs: Société positiviste internationale 1844.

2. Például Rudolf von Jhering: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen einer Entwicklung*, 2. kiadás Leipzig: 1866 (francia nyelven Rudolf von Jhering: *L'Esprit du droit romain dans les diverses phases, de son développement*, Párizs: Maresig y Clermn 1877); Roscoe Pound: *The Spirit of the Common Law*, (1921) New Brunswick: Transaction Publishers 1999; Gustav Radbruch: *Der Geist des englischen Rechts*, Heidelberg: A. Rausch. 1946.

nik; hogy a francia szerző az angol jogrendszerről csak úgy, afféle erasmus hallgató módjára, másodkézből szerzett tudomást; s hogy hatását leginkább annak köszönheti, hogy műveit lefordították angol nyelvre, ezért az amerikaik Blackstone közvetítésével megismerkedhettek munkásságával. A legnehezebb talán azt biztosan megmondani, hogy a „szellem” kifejezés honnan jön. Úgy tűnik, hogy a 18. század jogi diskurzusának egyik bevett kifejezéséről van szó, s talán nem mellékes megjegyezni, hogy már ismert volt a római jogban is (*ratio legis*). A francia filozófust Holmes is ilyen értelemben idézi egy rövid tanulmányában, amelyben arról ír, hogy tanulmányai végeztével azt tűzte ki célul, hogy jogi tankönyveiben keresse a „szellemet” (*J'encherchai l'Esprit*).³ A betű (*la lettre*) és a szellem (*l'esprit*) szembeállítása a teológusok körében is kedvelt volt. Talán kevésbé ez a bordeaux-i mester forrása. Van, aki szerint Montesquieu Bolingbroke-tól vette át, demások vitatják ezt az állítást.⁴

Az viszont egészen bizonyos, hogy Montesquieu számára a „szellem” nem pusztán a pozitív jog helyes jelentése, s még kevésbé kizárólag a törvényhozó akarata. A jogrend „szellemén” egyfelől a kormányzat természetét (*nature*) és elvét (*principe*) érti, aholis az alkotmányjoghoz (*droit politique*) tartozó törvények azt mondják meg, hogy azt miként kell létesíteni, a magánjogi szabályok (*droit civil*) pedig azt, hogy az miként tartható fent. A „szellem” másfelől egy összetett jogon belüli

3. Oliver Wendell Holmes: Montesquieu, (1900) in Oliver Wendell Holmes: *Collected Legal Papers*, New York: Harcourt Brace and Co. 1920. 250–265, 254.: „Amikor befejeztem a tanulmányaimat, jogi könyveket kaptam a kezembe. Megpróbáltam megtalálni azok szellemét” (uo. 254.).

4. Az angol hatásról lásd Joseph Dedieu: *Montesquieu et la tradition politique anglaise en France*, Párizs: 1902; Gabriel Bonno: *La constitution britannique devant l'opinion française de Montesquieu à Bonaparte*, Párizs: Librairie Ancienne Honoré Champion 1932; Robert Shackleton: Montesquieu, Bolingbroke and the Separation of Powers, *French Studies*, 3 (1949). 25–38.

és a jogot nem jogi tényezőkkel is kapcsolatba hozó viszonyrendszert jelent: a törvényeknek *a)* a fizikai tényezőkhez, *b)* a területi adottságokhoz, *c)* az alkotmány által biztosított szabadsághoz, *d)* egyéb kulturális tényezőkhez (vallás, szokások, kereskedelem), valamint *e)* mindezek egymáshoz való viszonyát jelenti. Itt feltehetően egy példálózó jellegű felsorolásról van szó, vagyis azoknak az elemeknek a meghatározásáról, amelyek általában meghatározzák a jog szellemét. Azonban a fontosabb szempont az, hogy a „szellem” olyan viszonyrendszerhez illeszkedik (*rappports*), amelyen belül találunk jogon kívüli elemeket is.

A „viszony” kifejezés megjelenik a törvény fogalmában is. A pozitív törvények a dolgok természetéből (*la nature des choses*) levezetett „szükségszerű viszonyok” (*rappports nécessaires*). A „viszony” fogalmának tisztázására szükség van, hiszen néhol Montesquieu azt mondja, hogy maguk a „törvények szükségszerű viszonyok”, máshol viszont azt, hogy a „törvények viszonyban állnak” valami mással. A kettő között ugyanaz a különbség, mint amit Hart tett meg a „kötelezettség alatt állni” és „kötelezettséggel bírni” állítások között. Az első esetben a szükségszerűség az okozati viszonyhoz hasonlít, míg a második esetben inkább olyan viszonyokról van szó, ahol a szükségszerűség a dolog természetének felismeréséből fakad. Isten és a teremtett világ között szükségszerű viszony van; míg az egyének egymás közötti viszonyaikkal szükségszerűen „bírnak”, s ezeket a viszonyokat ésszerűen rendezi el a törvény, amennyiben a dolgok természetének megfelelnek. Montesquieu két évtized alatt írott munkájában a megkülönböztetést nem használja következetesen. S mivel többféle tudományfelfogást is modellnek tekintett – így végülis egyenlő távolságra helyezkedett el Descartes-tól és Newtontól –, az okozatiság elvét sokszor kiterjesztette normatív területekre is. Ezzel eloldozta a pozitív jogot a metafizika által meghatározott kozmikus világrendtől, ami eltávolodást jelentett nemcsak a Burlamaqui által kidolgozott természetjogtannal – aminek késői örököse majd Rousseau lesz –, hanem a széles körben ismert Domat-féle

rendszerből is. A tudománymodellek közötti hezitálása miatt sokszor keveri a statisztikai szabályszerűséget és a kauzalitást.⁵

A „szellem” felöleli mind a „szükségyszerű, mert okozatos”, mind pedig a „szükségyszerű, mert ésszerű” viszonyokat. Montesquieu így szigorú kutatómunkával nagy empirikus anyagot dolgozott fel, a különböző absztrakciós szintek között viszont mosolyt keltő módon ugrált:

„A rendkívüli hidegnek egy birka nyelvére gyakorolt hatása, melyet egy mikroszkóp segítségével figyelt meg (Montesquieu), arról győzte meg, hogy a fagy csökkenti az érzékelést. Ebből aztán arra következtetett, hogy a moszkovitákat egyenesen ütlegetni kell ahhoz, hogy reagáljanak.”⁶

A „viszonyok” rendszerezésekor nem ismerte fel a belső nézőpontot elfoglaló megfigyelői pozíció fontosságát. És mégis, ha az alkalmazott kutatási stratégiát vesszük görcső alá, akkor azt találjuk, hogy Montesquieu valamiféle hermeneutikai megközelítéssel élt. Erre jó példa az, ahogyan a *Törvények szelleme* előmunkálataként elkészített római történelemről szóló esszéjében arra vállalkozik, hogy a birodalom hanyatlásához vezető elsődleges és másodlagos okokat keresve hatoljon be az antik jog szellemébe.

1.2. Montesquieu sokféleképpen értelmezhető életművet hagyott maga után. Az interpretációk közül hármat emelek ki, megemlítve rögvest, hogy ezek közül a vulgarizált befolyásolta a leginkább a döntéshozó politikusokon keresztül a francia és – hol közvetett, hol pedig közvetlen módon – más jogrendszerek szellemét. Ez az olvasat állítja elénk a „hatalommegosztás-Montesquieu”-t, aki szerint a törvényhozó, a végrehajtó és

5. Pierre Manent: *A liberális gondolat története*, ford. Kende Péter, Pécs: Tanulmány Kiadó 1994. 132.

6. Judith N. Shklar: *Montesquieu*, ford. Pálosfalvi Tamás, Budapest: Atlantisz 1994. 123.

a bírói hatalmat el kell választani egymástól, s hogy a legutolsó valójában nem is hatalmi ág, hiszen a bíró csak a törvény szája. A Deklaráció 16. szakasza, amely kimondja, hogy a hatalmi ágak elválasztását el nem ismerő jogrendnek nincs is alkotmány, illetve a Polgári Törvénykönyv jogalkalmazás megtagadását megtiltó 4. szakasza ennek a vulgarizált Montesquieu-nek a hatása alatt született.

A vulgarizált mellett van antikvárius olvasat is, ami úgy állítja be a francia szerzőt, mintha a görög-római hagyaték gondozója lenne. Hiszen a „köztársaság” fogalma az antik szerzőktől maradt ránk, s a hatalommegosztás-elmélet sem több a vegyes kormányzat újraértelmezésénél, s bizonyos formában az arisztotelészi államformatant is felleljük a *Törvények szellemében*. A modern értelmezés viszont a republikánus vagy liberális politikai gondolkodót „olvassa” bele a bordeaux-i jogtudós életművébe. Ez az utóbbi interpretáció hajlamos megfeledezni arról, hogy Montesquieu sokkal kevésbé állt az egyenlőség pártján, mint Locke. Így kritikáinak célpontja nem a régi rend hierarchikus berendezkedése volt, amit jól példáz az adóztatással kapcsolatos érvelése. Egészen biztos, hogy ebben a szellemben aligha fogta volna pártját a Sieyes-féle harmadikrend-felfogásnak.

Az antikvárius olvasattal szemben is jó érvek hozhatók fel, s talán a legtalálóbba az a megközelítés, amely azt mondja, hogy a „régiek-moderne” felosztásban Montesquieu-t az utóbbi csoportba kell sorolni, még pedig úgy, hogy ő adta az antik szerzőknek az egyik legjobb modern olvasatot. Mint közzismert, Montesquieu nem is a köztársaságot, hanem a mérséklet szellemében működő monarchiát tartotta a leghelyesebb berendezkedésnek, és maga is úgy látta, hogy az antik köztársaság felett már eljárt az idő. A *Törvények szellemének* célja nem is a legjobb államforma leírásának elkészítése, s nem egy újabb államformatan kidolgozása. Montesquieu-től ugyanakkor éppannyira távol állt az antikvárius szellemiség, mint attól a Bolingbroke-tól, akire – Burlamaqui mellett – szintén vissza szokták vezetni a hatalommegosztás-tant. Az antikvitást Mon-

tesquieu a jelen perspektívájából szemlélte, vagyis az antik példák arra szolgáltak, hogy így a jelen is pontosabban megérthessük.

A vulgarizált (jelen) és az antikvárius (múlt) olvasat mellett a harmadik megközelítés a politikai olvasat. Ez az interpretáció úgy tekint a *Törvények szellemére*, mint amelynek egyes fejezetei – így például az angol alkotmányról szóló nevezetes fejtegetések – egy jól álcázott utópia elméletét tartalmazzák.⁷ Montesquieu jog- vagy politikai szociológiai gondolatmenetét ezért a kritikai megközelítés hatja át. Ebben az időben az utópia volt a republikánus jogászai ész csele. A múlt mint olyan nem több retorikai eszköztárnál; jövő időben pedig akkoriban nem lehetett írni – kivéve jogszabálysövegeket –, érvel az egyik elemző, ugyanis az lázítást vagy forradalmat jelentett volna. Montesquieu viszont nem kívánt forradalmár lenni. Így az itt megfogalmazottak – a hatalommegosztásról szóló tan és a „bíró a törvény szája” modell – egy utópiaelmélet részét képezik. Igaz, nem tiszta utópiáról van szó, hiszen Montesquieu – két évet a csatornán túl töltve – egy létező országban a részt vevő megfigyelő pozíciójából rendezte tapasztalatait. De az általa közvetlenül tapasztalt Anglia nem volt egészen ugyanaz, mint amit könyvében leírt. Az ekkori Anglia inkább egy két párt által felváltva vezetett oligarchia volt, és a hatalommegosztás korántsem érvényesült úgy, ahogyan a francia szerzőnél olvasható. Itt elég, ha arra gondolunk, hogy a királynak joga volt a parlamentet összehívni és felosztatni, s a törvényhozásban részt venni, ami egyértelműen arra utalt, hogy a két hatalmi ág szervezeti, szervi és személyi kritériumok alapján nem volt elválasztva egymástól. Még kevésbé igaz, hogy az angol bírák a törvény szájai lettek volna. Igaz ugyan, hogy a dicsőséges forradalom után a parlamenti szuverenitás elve érvényesült, s így az alkotmányvédelem funkcióját a törvényhozás

7. Vö. Charles-Louis de Secondat Montesquieu: *A törvények szelleme*, ford. Csécsy Imre és Sebestyén Pál, Budapest: Osiris Kiadó 2000. I, XI, 6, 248–249.

vette át. Ez azt jelentette, hogy a bíró munkáját a törvények is meghatározták, de mivel *common law* országról volt szó, a korlátozást első sorban a meglévő precedensek szigorú érvényesítése jelentette. Ilyen értelemben a bíró a „jog” (*droit*), és nem pusztán a „törvény” (*loi*) szavait kimondó „száj”. Montesquieu utópiájában inkább az a felvilágosodásban is továbbélő elgondolás mutatkozik meg, hogy a büntetőbírák munkáját a jogszabályok szillogisztikus alkalmazására kellene visszazorítani. Ezt követelné meg az a tétel is, hogy a politikai szabadság az az állapot, ahol mindenki megteheti azt, amit a törvények megengednek, azaz a jogalkalmazói feladat tisztán a politikai szabadság érvényesítésében való közreműködésben áll, vagy pontosabban: abból kellene állnia. Saját tapasztalatából tudta – hiszen Bordeaux-ban bírói feladatokat látott el, igaz, nem túl intenzíven –, hogy ez a valóságban nem így van, hiszen a bíró is ember, akit saját előítéletei vezetnek. Állítása szerint azonban ezek az előítéletek a népből származnak, s ezeket az előítéleteket felvilágosult törvényhozással meg kellene szüntetni. Ha ez így lenne, a bíró feladata is arra szorulhatna vissza, hogy kimondja a törvény betűit.

Napjaink Montesquieu-irodalma arra invitálja az olvasót, hogy lépjen túl a „bíró a törvény szája” és a hatalommegosztási tant hirdető Montesquieu-n, és olvassa a *Törvények szellemét* mint olyan alkotmányelméleti művet, amely az eszmétörténetben nagyjából egyenlő távolságra esik Arisztotelésztől és a – francia szerzőre explicite hivatkozó⁸ – Hegeltől. A hatalommegosztás elmélete ugyanis lapidáris és marginális jelentőségű ahhoz az alkotmányfelfogáshoz képest, amely azután Hegel nyomában hatást gyakorolt Carl Schmittre is. Való igaz, hogy az alkotmány (*constitution*) fogalma több jelentést is felvesz a *Törvények szellemében*, írja Olivier Beaud egy ter-

8. Georg W. F. Hegel: *A jogfilozófia alapvonalai avagy a természet-jog és államtudomány vázlat*a, ford. Szemere Samu, Budapest: Akadémiai 1983. Bevezetés, 3. §.

jedelmes tanulmányában.⁹ Kiindulópontja szerint a modern olvasat hibája az, hogy a normatív alkotmányfelfogást kéri számon Montesquieu-n, vagyis azt a koncepciót, amely szerint az alkotmány a legfelső szintű normája a jogrendnek. s ebből a perspektívából is kritizálja a tan félresikerült kidolgozását. Ám ez az alkotmányfogalom ismeretlen volt a francia jogtudományi diskurzusban. A 18. század végéig magát a kifejezést sem használták önmagában, és Montesquieu is a legtöbbször birtokos szerkezetben teszi ezt: *constitution de l'Etat*; *constitution de la République* vagy *constitution du Gouvernement*. Az önmagában álló, jelző nélküli *constitution* feltehetően az anglofília hatása alatt született neologizmus.¹⁰

Az antikvárius olvasat helyesen mutatott arra rá, hogy a Montesquieu-féle *constitution* valójában az arisztotelészi *politeia* francia fordítása. Angliában ezt a kifejezést olykor *commonwealth*nek, a franciáknál pedig sokszor *république*-nak fordították.¹¹ Ilyen szemszögből nézve érthető, hogy az alkotmány nála is a politikai berendezkedésre (*régime politique*), illetve egy társadalmi-politikai valóságra utal. Vagyis az „alkotmány” nem más, mint egy olyan terminus, ami arra utal, hogy az államon belül hogyan és milyen formában szervezik meg a hatalmat. Ebben a szűk értelemben az alkotmány meg egyezik a kormányformával (*forme de gouvernement*), amelyből Montesquieu hármat nevez meg: köztársaság, monarchia és despotizmus. A természetes jogokat elismerő Locke-féle normatív alkotmányfelfogásban, a „despotikus alkotmány” kifejezés *contradictio in adiecto*. A Montesquieu-féle változatban viszont a kifejezés értelmes. Olyan politikai berendez-

9. Olivier Beaud: La notion de constitution chez Montesquieu. Contribution à l'étude des rapports entre constitution et constitutionalisme, in Dietrich Murswiek – Ulrich Storost – Heinrich A. Wolff (szerk.): *Staat – Souveränität – Verfassung. Festschrift für Helmut Quaritsch zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker&Humblot 2000. 407–448, 447.

10. Uo. 418.

11. Uo. 431.

kedésre utal, amely nem biztosítja a politikai szabadságot.¹² Arisztotelésszel ellentétben az osztályozás axiológiai dimenziója Montesquieu-nél már nem a hatalomgyakorlás közjóhoz kötöttsége, hanem a politikai szabadság érvényesülésének foka. Az alkotmánynak van egy társadalmi-politikai értelme is. Eszerint a kormányzati formák természetéhez igazodóan bizonyos elveknek kell érvényesülni, s ezeket az elveket a politikai berendezkedésen kívül eső tényezők is meghatározzák. Egy demokráciában például a törvényeknek az egyenlőséget kell biztosítani.¹³ Ilyen értelemben „alkotmányellenes törvény” akár egy despotikus rezsimben is születhet. Ez történné akkor, ha a zsarnok hatalmat delegálna úgy, ahogyan a mérsékelt monarchiában teszi a király. Egy ilyen aktus ellentétes lenne a zsarnoki kormányzat természetével (*choquerait la nature du gouvernement*)¹⁴, azaz alkotmányellenes lenne. Egyébként Montesquieu materiális alkotmányfelfogása mint politikai filozófia távol áll Arisztotelésztől. Így a mérséklet (*moderation*) fogalma sem egyezik meg a görög filozófusnál rendszerint viszsztatérő arany középút felfogással. A francia szerzőnél a mérsékelt kormányzatban a „hatalom korlátozza a hatalmat” (*pouvoir arrête le pouvoir*); a politikai szabadság érvényesítéséhez ugyanakkor nem elégséges az, hogy az intézmények kiegyensúlyozottan működnek. Ehhez szabadságszerető polgárok is kellenek.

Montesquieu a történeti tények alapján Hobbes kontrafaktuális tanát – a természeti állapot leírását – ésszerűtlennek tartotta,¹⁵ és elutasította társadalmi szerződés tanát. A 95. Perzsa levélben arról ír, Hume-hoz hasonlóan, hogy a társadalom

12. Uo. 432.

13. Montesquieu: *A törvények szelleme*. 103–104.

14. Olivier Beaud: *La notion de constitution chez Montesquieu*. 437 skk.; Montesquieu: *A törvények szelleme*. I, V, 16, 128.

15. Montesquieu: *A törvények szelleme*. I, 2, 50–51.

eredetét a leszármazás aktusaiban kell keresnünk.¹⁶ Ám másfelől, anélkül hogy hivatkozna rá, a társadalmi szerződés tanának összes eleme megtalálható a művében. Így a polgári létet félelemtől mentes természeti állapotként határozza meg,¹⁷ az önfenntartást pedig olyan célnak, amelynek támogatására a hatalomnak törekednie kell. A hatalomvágy tehát nála már nem antropológiai tulajdonság, mint Hobbes filozófiájában, de – szerint is igaz az, hogy – a kiegyensúlyozott konfliktus a helyesen működő társadalomban is jelen van. A társadalmi szerződéstől való távolságtartás nyomán a hatalom eredetére vonatkozó spekuláció helyébe végre a hatalomgyakorlás módjára, vagyis az intézményrendszer működésére vonatkozó kutatás lépett,¹⁸ azonban a hatalommegosztás tanának következetes kidolgozása elmaradt a francia szerzőnél.¹⁹

A háromféle olvasat közül a politikai interpretáció – mely szerint Montesquieu azt írja elő, hogy a francia jogrendet miként kellene megreformálni – sok esetben érintkezett a vulgarizált olvasattal. Ez utóbbi, mint jeleztük, a forradalmi törvényhozás dokumentumaiban, illetve más országok jogalkotására gyakorolt hatást. Az antikvárius olvasat tisztán retorikai funkciót látott el a korszak jogi diskurzusában. A *Törvények szelleme* számtalan olyan stílusjegyet visel magán, amely a későbbi francia szociológiai művekre is jellemző. Ő is a „normatív ténnyeket” kutatta; a törvények ugyanis „szükségszerű viszonyok”, vagyis reprezentációk. A kutató elmének ezért a törvények „szellemére” vagy a „dolgok természetes rendjére” kell irányítania a figyelmét. Abban az értelemben normatív célt tűz maga elé, amennyiben előírja, hogy a törvénynek reprezentálnia kell a „dolgok természetes rendjét”, de ez a rend annyiban tény is,

16. Charles-Louis de Secondat Montesquieu: *Lettres persanes*, II. Párizs: 1873. 10.

17. Vö. Manent: *A liberális gondolat története*. 80., 83.

18. Uo. 75–76.

19. Vö. Charles Eisenmann: *L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs*, in *Mélanges R. Carré de Malberg*. Párizs: Sirey 1933. 165–192.

amennyiben megfigyelés útján a benne kirajzolódó elvek felismerhetőek és leírhatóak. Montesquieu elméletének egyik, politikai filozófiai szempontból nagyon lényeges eleme a determinizmus. Az embereket mint fizikai lényeket éppoly változtathatatlan törvények kormányozzák, mint minden más testet. Ennek a feltételezésnek viszont csak akkor van értelme, ha ezt az elméletet kritikai-normatív jellegűnek tekintjük. Csak így tűnhet elő a szabadság politikai dimenziója; csak így mondhatja Montesquieu, hogy a törvényhozás nyomán az alattvalók azt akarhatják, amit a dolgok természetes rendjéből adódóan eleve szeretnének.²⁰ A dolgok rendjét az értelem felismeri (vagy fel kell ismernie), a törvényhozó mindössze kimondja (vagy ki kell mondania) azt, amit az értelem diktál, következésképp a szabad (és ésszerűen gondolkodó egyén) csak azt akarhatja, amit a törvény kimond.²¹ Más gondolkodókkal, például Locke-kal összevetve, ez a francia monarchia meglehetősen „egykedvű leírásának” tűnhet.²² Montesquieu így fogalmazza meg a krédóját: „Végül is: inkább szemlélődöm, mint ítélek: mindenről elmélkedem, semmit sem bírálok.”²³ De az elméletet a gyakorlati célok gyakorlati okosság²⁴ szolgálatába kell állítani: „Ha a Fizika nem talált volna fel egyebet, mint puskaport és a görögtüzet: irítani kellene, mint a Mágiát.”²⁵

1.3. Nehéz nem észrevenni a párhuzamot Montesquieu és a kortárs angolszász jogfilozófiai módszertan között: mindkét irányzat szerint a jogfilozófusnak a normatív értelmű társadalmi gyakorlatot és az azt működtető intézményrendszert kell a vizsgálat tárgyává tennie. Van ugyanakkor egy lényeges kü-

20. Uo. 122.

21. A pontos definíciót lásd Montesquieu: *A törvények szelleme*. II, XI, 3, 246.

22. Manent: *A liberális gondolat története*. 71.

23. Montesquieu hagyatékából. 95–96.

24. Lásd Shklar: *Montesquieu* 122–123.

25. Uo. 88.

lönbség is. Montesquieu a kutatást nem a nyelv elemzésén keresztül végezte, mert a felvilágosodás korának gondolkodói számára a nyelv mint olyan nem jelenthetett „problémát”. Az angol hatás alatt álló Savigny volt az, aki a jog és a nyelv közötti párhuzamokat a leginkább felismerte. Az angolok mellett ő erősen támaszkodott Montesquieu-re is, és a Code civil bevezető szakaszainak szerzőjét, Portalist is jól ismerte, aki számára ugyancsak Montesquieu volt az etalon.²⁶

Ám Montesquieu számára a republikanizmus eszményét követő alkotmány természete azt követelte meg a bírótól, hogy a jogalkalmazás során a törvény betűit alkalmazza, s ne annak szellemét kövesse.²⁷ A „szellem” fogalma Savignynél már átalakult, s már nem a törvény lényegére (*ratio legis*) utalt ezzel a kifejezéssel, s nem is egy jogértelmezési problémára,²⁸ hanem egy materiális értelemben vett jogforrásra, az organikus közösség lassú fejlődését előidéző népszellemre. Ebben nyilván a hegeli filozófia is közrejátszhatott.

A „szellem” szóval arra utalunk, hogy a jog megértéséhez és az alapproblémák megoldásához túl kell lépni a jogrendszeren mint szövegalmazon. A „betűk” relevánsak ugyan, de a törvény értelme (*ratio legis*) – vagy még általánosabban fogalmazva – a jog rációja (*ratio iuris*) az, amivel a jogfilozófusnak foglalkoznia kell. Ezt az objektív értelmet, illetve ésszerűséget megvilágíthatják a jogszociológia és a jogtörténet által feltárható okok (*occasio legis*) is. A jogfilozófiai kutatás tárgya – a mai jogfilozófia terminológiájával élve – a jognak mint társadalmi gyakorlatnak az értelme, amit a törvényhozó mellett a politikai és jogi kultúra, az intézményrendszer, a dogmarend alakít.

26. Walter Wilhelm: Portalis et Savigny. Aspects de la restauration, in *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte. Festgabe für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann 1982. 445–456.

27. Montesquieu: *A törvényekszelleme*. VI. 11. fejezet.

28. Vö. a törvény betűje (*la lettre*) és szelleme (*l'esprit*) közötti megkülönböztetést.

2. Norberto Bobbio jog- és normaelméletének vázlata

2.1. Bobbio méltatása

Norberto Bobbio hozzájárulása a modern olasz jogi pozitivizmus megszületéséhez Somló Bódog magyar jogelméletben betöltött szerepéhez hasonlítható, három számottevő különbséggel.

Az egyik ezek közül az, hogy míg a tragikusan korán elhunyt Somló nem érhetette meg, hogy mint élő klasszikust, iskolaalapítót tanítványok és barátok ünnepeljék, addig az egykori ellenálló, örökös szenátor Bobbio számára mindez megadatott; a második az, hogy míg a torinói jogtudós s az általa alapított olasz analitikai iskola tagjainak munkái szerte a világon – talán a *common law* tradíciójú országok kivételével – a mai napig kötelező referenciapontot jelentenek, nálunk viszont a Somló utáni jogelmélet éppoly provinciális maradt, mint előtte;²⁹ s végül a harmadik abban ragadható meg, hogy míg Bobbio szinte azonnal felismerte először Kelsen, később Hart jelentőségét, Somló – amint a szakirodalomban olykor rámutatnak³⁰ – alig vetett számot a *Tiszta jogtan* egyedülállóan új felfogásával.³¹ A három különbség közül az elsőt az em-

29. Angol nyelvre lefordított írásaikat lásd Anna Pintore – Mario Jori (szerk.): *Law and Language. The Italian Analytical School*, Liverpool: Deborah Charles Publications 1997.

30. „(Somló) érezte, hogy a kor a Nagy Elmélettől terhes, de nem ismerte fel, hogy azt Hans Kelsen segíti világra.” Szabó Miklós: Előszó, in Loss Sándor és mások: *Portrévázlatok a magyar jogbölcseleti gondolkodás történetéből*, Miskolc: Bíbor 1995. 7.

31. Bobbio *A jog fogalmának megjelenési évében* Harténál jóval gazdagabb életművet tudott maga mögött. Ennek a *Teoria della scienza giuridica* (1950), és a *Teoria dell' ordinamento giuridico* (1960) monográfiák az ékességei. Normativizmusának alapjait egyébként a *Tiszta jogtan* első kiadásának évében megjelent *Scienza e tecnica del diritto* már lerakta Bobbio. S végül – a fenti párhuzam okán is – meg kell jegyezni, hogy Bob-

beri gyengeség és erősség, a sorseseemény, avagy az isteni akarat okozta; a másodikban részben a történeti-kulturális környezet tükröződik; a legutolsó viszont jelzi, a torinói tudós ügyesebben talált rá „a műre”, mint magyar pályatársa. Nos, ha mi ennek ellenére Somlót a „kontinentális Austinnak” tartjuk, akkor talán nem túlzás Bobbioó, torinói jogtudóst „kontinentális Hartnak” nevezni, akinek gazdag életműve átfogja a filozófiát és etikát, jogfilozófiát és alkotmányjogot, történelemfilozófiát és jogdogmatikát, s írásaiban visszatérően foglalkozik a jogtudomány-elmélet (*metascientia iuris*), a jogrendszer (*ordo iuris*), a norma (*regula iuris*) fogalmai, s az ezek közti reláció által felvetett kérdésekkel.

Bobbio életművéhez ezen analógia nézőpontjából közelítünk, tudván, hogy – bár analitikus megfontolásokból kiindulva, de – másként teszi fel a jogtudomány megalapozásával kapcsolatos alapkérdést. Ezen túlmenően azt a megszorítást is előre kell bocsátanunk, hogy a „kontinens Hart-jának” mindössze elmélete alapvonalainak összehasonlító bemutatására vállalkozunk.

2.2. Metascientia iuris

2.2.1. Az itáliai analitikusok a jog metaelméleti problémájához – „Hogyan lehetséges egyáltalán jogtudomány?” – Herbert Harttól, és általában az angolszász analitikai pozitívizmus képviselőitől eltérő módon közelítenek. Bobbio e kérdést a természetjog-pozitívizmus vita erőterébe helyezve kísérli megválaszolni. Ezzel összefüggésben Bobbio Kelsen álláspontját részben megismételve először is a két áramlat viszonyának

bio nagyra értékelte Somló jogelméletét is; elismerőleg szól például az „ígérő jog” koncepciójáról, amit a jóléti állam egyik jellegzetes jogalkotási technikájának tart. Vö.: Norberto Bobbio: *La fonction promotionnelle du droit*, in uő: *Essais de théorie du droit*, Párizs: L.G.D.J. 1998. 65. skk. és Somló Bódog: *Jogbölcselet*, Miskolc: Bíbor 1995. VII. fej., 59. skk.

aszimmetrikus jellegére mutat rá. Nevezetesen azt állítja, hogy míg a monista jogi pozitivizmus egyszerűen elutasítja a természetjog létét, a dualista természetjogász elfogadja, sőt annak felsőbbrendűségét vallja. A Hart–Fuller-vita által kavart hullámok Bobbiót differenciáltabb, a jogirodalomban később sokszor idézett álláspont kifejtésére készítetik.³²

A jogi pozitivizmus jelentései – megközelítés, elmélet és ideológia – közt, írja az olasz jogtudós, semmilyen szükségszerű (logikai vagy kauzális) kapcsolat nem létezik. Lehet valaki teketóriázás nélkül természetjogász, ha az első, meggyőződéses jogpozitvista, amennyiben a második aspektusról van szó. Az sem kizárt, hogy jogelméleti álláspontját ne sorolja se ide, se oda. E három jelentést vagy aspektust érdemes alaposabban is megvizsgálni.³³

a) A jogi pozitivizmus mint ideológia az adott valósággal (pozitív joggal) szemben, többé-kevésbé tudatosan meghatározott értékrendszer alapján elfoglalt pozíció. A „pozíciófoglaló” ideológus pozitív értékelés esetén konzerváló, negatív értékelés esetén módosító szándékkal kíván magára a valóságra hatni. Így tehát, míg a jogtudós-ideológus adott történeti tényeket elemezve értékkel, addig a jogtudós mindössze a tény igazolására vagy cáfolására szorítkozik. A jogfilozófus „pozíciófoglalásának” jellegzetes terepe egyfelől az engedelmeskedési kötelezettség-vita, másfelől pedig a diktatórikus rezsimek joga

32. Hans Kelsen: Jogi pozitivizmus és a természetjog doktrínája, in: Varga Csaba (szerk.): *Jog és filozófia*, Budapest: Szent István Társulat 2001, 351. skk.; Norberto Bobbio: Jusnaturalisme et positivisme juridique, és Sur le positivisme juridique, in uő: *Essais*. 23. skk. és 39. skk. Bobbio jelzi, hogy érvelésének célpontja Herbert Hart: Positivism and the Separation of Law and Morals, *Harvard Law Review* 71 (1958). 593. skk. Bobbio pozitivizmus-elemzését nagyon sokan idézik, pl. Michel Troper: Positivisme juridique, in André-Jean Arnaud és mások (szerk.): *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. Párizs: L.G.D.J. 1993. 461. skk.

33. Bobbio: Jusnaturalisme et positivisme juridique. 25., 53.

körül kialakult polémia. A jogpozitvista ideológia szerint – amit nemcsak a természetjogászok, hanem Bobbio sem fogad el – a pozitív jog, ideális joggal való megfelelésétől függetlenül érték. Ezt az álláspontot a pozitivisták két érveléssel kísérik meg alátámasztani. E szerint a pozitív jog (1) mint az uralkodó akarat kifejeződése, igazságos. Az a mérce ugyanis, amelynek alkalmazásával eldönthető, hogy egy norma érvényes vagy sem, megegyezik azzal, amelyik a törvény igazságos vagy igazságtalan jellegének megítélésére szolgál; (2) mint egy adott társadalomban létező, a hatalom monopóliumával rendelkező erő (*force*) által előírt szabályok összessége, léténél fogva, függetlenül szabályainak erkölcsi megítélésétől célokat – rend, béke, legalitás – valósít meg, ezért érték.

E két tézis bármelyikéből az következik, hogy a törvénytisztelet morális kötelezettség. Hozzá kell rögtön fűzni, hogy a feltétlen engedelmeskedési kötelezettséget igazoló (1) elméletet senki sem fogadja el. Még a legalista Hobbes is azt állítja, hogy az engedelmeskedési kötelezettség megszűnik, amennyiben a jogrend nem valósítja meg azt a célt, amit szolgálnia kellene (vagyis a békét vagy az egyéni szabadságot). Másfelől megfigyelhetjük, hogy a (2) pont alatti teória miként köti ketős feltételhez az engedelmeskedési kötelezettséget: azt állítja, hogy a kérdéses törvénynek annyiban kell engedelmeskedni, amennyiben az által megvalósul a jogrend célja; s annyiban, amennyiben nem ütközik más alapvető értékbe. A „tartalmától függetlenül engedelmeskedni kell a törvénynek” előírással szembe a természetjogász-ideológus az „egyedül az igazságos törvénynek kell engedelmeskedni” tételét állítja. Az első etikai elmélet szerint tehát az igazságosság kritériuma a törvény maga (törvény szerinti igazságosság), a második, dualista álláspont szerint viszont egy jogn kívüli axiológiai etalon alkalmazandó (természetes igazságosság).³⁴

34. Bobbio: Sur le positivisme juridique. 24., 27. skk., 31. skk.

Bobbio végül is négy elméletet körvonalaz:

- (1) A radikális pozitivisták álláspontja szerint a törvénynek azért kell engedelmeskedni, mivel az igazságos (aktív engedelmeskedési kötelezettség-elmélet).
- (2) A mérsékelt pozitivisták tézise azt állítja, hogy a törvénynek azért kell engedelmeskedni, mivel a jogrend specifikus céljainak (béke, biztonság) megvalósulására a törvényesség jelenti a garanciát (feltételes engedelmeskedési kötelezettség-elmélet).
- (3) A radikális természetjogász szerint egyedül az igazságos törvénynek kell engedelmeskedni. A címzetteknek joguk van az engedetlenséghez, mivel mindig akad igazságtalan törvény (aktív engedetlenségi vagy ellenállás-elmélet).
- (4) A mérsékelt természetjogi elmélet szerint, szélsőséges esetektől eltekintve, az igazságtalan törvényt is be kell tartani (passzív engedelmeskedési kötelezettség- vagy feltételes engedetlenség-elmélet).

E mátrixból jól látszik, hogy míg a radikális tézisek ellentétesek, addig a mérsékelt álláspontok viszont konvergálnak. Ezek közt a határvonal elmosódik, hiszen a (2) szerint a rend, ha nem is a legfőbb érték, de érték, a (4) szerint pedig a rend, ha rossz is, de a kisebbik rossz.³⁵

Másodjára, Bobbio elutasítja, hogy a jogpozitivisták ideológia és diktatúra közt szükségszerű kapcsolat állna fenn. A jogpozitivisták ideológia ugyanis demokratikus, hiszen legtöbb formája liberális etikai posztulátumokra vezethető vissza. S mint ideológia sem nem jobb, sem nem rosszabb más ideológiánál, minthogy nem vezet sem szükségszerűen diktatúrához, sem pedig szabadsághoz.³⁶ Ez az érvelés – álláspontunk szerint – *mutatis mutandis* alkalmazható a természetjogi ideológiára is.

35. Bobbio: *Jusnaturalisme et positivisme juridique*. 45. skk.

36. Bobbio: *Sur le positivisme juridique*. 32.

b) A jogi pozitivizmus mint megközelítés sajátossága a jog tanulmányozásának módjában, a kutatás tárgyának kellő lehatárolásában rejlik: a jogtudós az érvényes joggal foglalkozik, s nem – mint a természetjogász – azzal, hogy egy norma igazságtalan-e vagy sem, s nem elemzi azokat a normákat sem, amelyek igazságosnak tűnnek ugyan, de mégsem a hatályos jogrend elemei. Ez az aspektus semleges, minthogy a jogrend erkölcsi legitimációjának problémája helyébe a hatékonyság elvét lépteti.³⁷

c) A jogi pozitivizmus mint elmélet jelenségcsoportot leíró és értelmező állításokból álló, absztrakt és koherens rendszer. Megfigyelhető, hogy a másik oldalon viszont a *sui generis* természetjogi elmélet ritka, mivel az sokszor nem más, mint antipozitivisták irányzatok téziseinek rendezett összessége. Hogy mit jelent a pozitivizmus mint elmélet Bobbio esetében? Nos, a válaszhoz be kell mutatnunk az olasz jogtudós – Kelsen nyomdokaiban haladó – metaelméletének főbb pontjait. Ám még mielőtt ebbe belekezdzenénk, érdemes megjegyezni, hogy valójában minden jogelméletnek van metaelmélete, vagyis a jogtudomány fogalmáról (*concept*) alkotott – akár explicit, akár implicit – felfogása (*conception*). Az olasz jogtudós metaelmélete szerint a jogtudomány formális. Ez azt jelenti, hogy a jogtudós nem foglalkozik a jogrend normatív tartalmával, a szankcióban kifejeződő erővel (*force*), hanem minden mással: a jogrend a struktúrájával, vagyis a jogi fogalmak, a jogforrások rendszerével, s azok viszonyával.³⁸ Röviden, a jogtudomány a nyelv nyelve (*métalangage*), vagyis egy olyan alapvetően deskriptív diskurzus, amelynek tárgynyelve (*langage-objet*) egy preszkriptív diskurzus, a jog.

37. Bobbio: *Jusnaturalisme et positivisme juridique*. 44. sk.

38. Vagyis az, ami az előíró kommunikatív aktusokból „Mit, kinek, milyen körülmények esetére ír elő?” kérdésre válaszolva fennmarad (például „kötelező”, „tilos”, „megengedett” fogalmai). Ricardo Guastini: Préface. Norberto Bobbio, ou de la distinction, in Bobbio: *Essais*. 3. skk.

Két értelemben autonóm a jogtudomány tárgyaként felfogott jog. Egyfelől funkcionálisan, mivel más preszkriptív diskurzusoktól eltérően az erőről, a jog normatív tartalmáról szól. A jogrend funkciója ugyanis az erő megszervezése.³⁹ Másfelől, a jogalkotói diskurzus más diskurzusformákhoz képest is autonóm, minthogy a preszkripció más – deszkriptív vagy expresszív – diskurzusformává nem transzformálható.⁴⁰ A deszkripcióvá történő átalakíthatatlanságát Bobbio Hare-től kölcsönzött példával szemlélteti: a „Mondd meg apádnak, hogy kerestem őt telefonon!” előírás nem konvertálható leírássá.⁴¹ Egy másik érv szól az expresszív és preszkriptív állítások transzformációja ellen. A „Meg kell tenned X-et!” előírás és az „Akarom, hogy tedd meg X-et!” felszólítás ugyanúgy nem ekvivalens – szól a hartiánus érvelés –, mint ahogyan a „kötelezettség alatt állni” és a „kötelezettséggel bírni” kifejezések sem. Továbbá a jogalkotói diskurzus azért sem feleltethető meg expresszív párjának, mivel a jogszabály megalkotása és a normakövetés legtöbbször időben elválik egymástól, s ezért az expresszív diskurzus által feltételezett „kötelezettség alatt állás”-érzés a szabálykövetésben már nem játszik szerepet.⁴²

Egy tudomány gyenge értelemben „normatív”, ha tárgya a norma; erős értelemben pedig akkor „normatív”, ha normát alkot. Más – alapvetően nem szabályokkal foglalkozó – társadalom-tudományokkal szemben, amelyek többnyire egyedül erős értelemben normatív tudományok, a jogtudomány mind-

39. *Uo.* 12. o. Lásd még Norberto Bobbio: *Law and Force, The Monist* 49 (1965) 3. 321. skk.

40. Egyébként a két említett diskurzusformáktól, a tudományos és költői beszédformáktól, funkcionálisan is eltér: előbbi a dolgok állapotát írja le, utóbbi érzelmeket fejez ki. Norberto Bobbio: *La norme*, in *uo. Essais*. 112. skk.

41. A deszkripció a következő lenne: „Ha nem mondd meg apádnak, hogy kerestem, akkor...”. *Vö. uo.* 115.

42. *Uo.* 193. Lásd még Herbert Hart: *A jog fogalma*, ford. Takács Péter, Budapest: Osiris 1995. 102. skk.; Hans Kelsen: *Tiszta jogtan és az analitikus jogelmélet*, in Varga Csaba (szerk.): *Jog és filozófia*. 176. skk.

két értelemben normatív. Ehhez képest Kelsen a „normatív” kifejezést az előbbi kettő közti jelentésben használja: nála többről van szó, mint a normák leírásáról, s kevesebbről, mint normaalkotásról. A „normatív” terminust ugyanis a „magyarázó” (*explicatif*) jelzővel állítja szembe, s nem a „deskriptív”-val vagy a „preszkriptív”-val. Innen ered az egyszerre leíró és normatív jogtudomány elméletének különös gondolata, amely leíró, minthogy nem ír elő; normatív, mivel nem tényeket ír le, hanem normákat alkot. Bobbio elemzése tisztázza a *Tiszta jogtan* homályos lexicáját is. A diskurzusformák kellő elhatárolásával elkülöníti egymástól a jogtudomány állításait, vagyis a leíró-normatív jogtételeket (*Sollsätze*) a kauzális társadalomtudomány leíró-magyarázó tényállításaitól (*Seinsätze*), s a jog előíró-normatív szabályaitól (*Sollnormen*).⁴³

Bobbio metaelméleti álláspontja szerint a jogtudomány „normatív”, mivel

- (1) érdeklődési körébe a norma tartozik (tárgy);
- (2) a társadalmi valóságot normatív rendszeren keresztül vizsgálja (módszer);
- (3) normát alkot (funkció).

Az (1) állításban szereplő tárgyként felfogott norma lehet „nyers” (értelmezés előtti) és „megmunkált” (értelmezett). Az imperatív elméletek kidolgozói e distinkció jelentőségét rendszerint elhanyagolják, mivel a jogi norma fogalmát a kihirdetett törvényre szűkítik. Nem vesznek tudomást más jogforrásokról, noha köztudomású, hogy a törvényhez hasonló absztrakt és általános normák mellett léteznek az individuális normák is – ez a felismerés már Kelsen elméletében bizonyos értelemben „benne van” –, a joggyakorlatról már nem is beszélve. Ami az elveket illeti – szól Bobbio pre-dworkinianus érve –, abban a jogrendben, ahol az alkotmány kellően szí-

43. Norberto Bobbio: Être et devoir-être dans la science du droit, in uő: *Essais*. 186. skk.

gorú, a jogász interpretatív munkája kiterjed az integratív és kreatív értelmezésre is.⁴⁴

A „norma” tehát kihirdetéskor még „nyers”, a jogalkalmazó mellett a normával foglalkozó jogtudós „munkálja meg”. Tevékenysége két elkülöníthető, de egymást nem szükségszerűen követő – *de iure condito* és *de iure condendo* – fázisra bontható. Az első fázisban a jogász először is feljegyez a normáról néhány dolgot; azonosítja, hogy érvényes-e vagy sem; majd értelmezi, feltárja annak struktúráját; s végül felfedezi, vagyis kapcsolatba hozza azt új és régi normákkal, a „dolog természetével”. Ezután kezdődik a revízió *de iure condendo* fázisa. E szakaszban megállapítja, hogy a vizsgált normához képest melyek azok a normák, amelyek már vagy még nem érvényesek, melyeket ront le, vagy mely normák rontják le a szóban forgó normát. A jogdogmatika *lato sensu* jogalkalmazási tevékenység. Funkciója az, hogy a tények és a norma közt közvetítsen. A normát közvetlenül a tényekkel összefüggésbe hozó jogalkalmazói munka mellett (s arra tekintettel) tehát a jogdogmatika a „nyers” és „félíg kész” normákat rendszerezi, azaz pontos, jól körülhatárolható fogalmakból álló, informális nyelvi anyagot hoz létre. E munka eredményeként létrejött dogmatikai fogalmak és tételek olyan normakivonatokat, amelyeknek célja a jogalkalmazás megkönnyítése.⁴⁵

A (2) állítás elemzése során először is megfigyelhető, hogy a „normatív jogtudomány” fogalmában a preszkripció két módon jelenik meg: egyfelől mint nézőpont, másfelől mint eredmény. Ami a nézőpontot illeti, Bobbio szerint Kelsen megközelítése a természetjogászok ismert kritikája ellenére továbbra is jól alkalmazható: a jogtudomány feladata a magatartástípusok osztályozása, s nem az, hogy eldöntse, mely magatartás helyes vagy helytelen. A normatív tudomány – hangsúlyozza másfelől a realistákkal szemben – a normákat nem „előrejelzésként”, hanem értelmezési sémaként fogja fel. A „normatív”

44. Uo. 193.

45. Uo. 194. skk.

eredmény egy előíró állítás. Kelsen pirouette-jeit kritizálva Bobbio kifejti, hogy a leíró-legyen (jogtétel) és az előíró-legyen (jogi norma) közti megkülönböztetés, s különösen az a tézis, ami szerint a jogtétel logikai státusza más, mint a normáé, felesleges és félrevezető. A jogi diskurzusból a jogtudományi diskurzusba áttérve ugyanis nem az előírás logikai státusza, hanem a diskurzus kontextusa változik meg. A preszkripció normatív jelentése tudniillik attól függ, hogy milyen diskurzusban hangzik el, s hogy az milyen erővel van felruházva.⁴⁶

Most elemezzük a „normatív” kifejezés (3) jelentését, a jogtudomány társadalmi funkciójának kérdését, amit már érintettük a jogi pozitivista ideológia elemzésével összefüggésben. Nem árt azonban megismételni Bobbio álláspontját: egészen precízen mindössze egy jogtudomány-elmélet történeti-ideológiai környezetét feltárva lehet válaszolni arra a kérdésre, hogy itt vagy ott, ekkor és akkor a jogtudománynak milyen társadalmi funkciója van vagy volt. E meta-metajogtudományi megközelítés azonban az analitikai megközelítés számára kizárt. A szándékoltan leszűkítő szemszögből nézve ugyanakkor nem lehetetlen a leíró jogtudomány eszmény által felvetett két kérdést, egyrészt a jogász reflexió jellegéből, s az értéksemlegesség (*Wertfreiheit*) eszményéből deriválható értékelési tilalmat, másrészt a jogtudomány autoritásának problémáját megvitatni.

Legalább két érv szólna az értéksemleges jogtudomány és ideológiai jellege mellett. Az „értéksemlegesség” először is korhoz kötött eszmény, vagyis egy bizonyos történeti kontextusban ideológia volt maga is. Másodszor pedig a munkafolyamat leírásából pedig úgy tűnik, hogy a jogász beszéde esetenként preszkriptív. Ezzel szemben Bobbio a következő módon érvel. Mivel a „deszkriptív-preszkriptív” szembeállítás homályos – a „jogelmélet előíró diskurzus” állítás nem feltét-

46. Uo. 196. Egészen pontosan arról van szó, hogy a jogászok rendszerint a „legyent” nem használják, hanem mindössze zárójelbe téve említik, mutat rá Guastini: Préface.10.

lenül jelenti azt, hogy a „jogelmélet nem leíró diskurzus” –, a jogász diskurzus elemzésére inkább a funkcionális módszert javasolja. A funkció összefügg a címzetti körre gyakorolt hatással, a hatás a címzetti kör recepciójával, a recepció pedig a címzettek körétől (joghallgató vagy bíró), módjától (az *opinio juris* különböző bírák, avagy ugyanaz a bíró más-más döntésnél hol elfogadja, hol meg elveti), hatásától (a doktrína státusza függ a jogforrási hierarchiában betöltött helyétől) függően minden egyes esetben más és más. Jól látszik, hogy a jogtudomány társadalmi funkciója precízen nem határozható meg a jogrend történeti-kulturális dimenziótól függetlenül. Ezért nem foglalkozik vele a leíró metadiskurzus, hiszen célja nem annak az előírása, hogy a jogtudósoknak és jogászoknak mit kellene tenniük, hanem annak leírása, hogy mit tesznek valójában. A tiszta metajogtudomány nem is vállalkozhat tehát többre, mint egy munkaprogram elkészítésére.

A *Tiszta jogtan* metaelmélete ebből a nézőpontból egyáltalán nem tiszta, hanem alaposan átideologizált: jogtudomány-konceptiója ugyanis előírja a leírást, megkövetelve, hogy a jogászok tisztán elméleti alapon fejtsek ki álláspontjukat. Kelsen ugyanis nem valós jogtudományról, hanem egy értéksemleges jogtudományeszményről beszél, amit ő maga ír elő a jogtudósok számára. A történeti-társadalmi környezet ismeretében érthető is ez az igény. Kelsen korára a jogforrás jogalkotói aktusokra történő redukciója a jog jellegzetes tulajdonságává vált, s e tendenciát felismerve nyilván úgy érezte, a jogtudós kreatív munkája nemcsak de facto szorul háttérbe, hanem háttérbe is kell szorítani. Sőt, szellemi környezetének tudományeszménye a „tudomány” *differentia specificá*ját a tudós értékek iránti közömbösségében határozta meg – s ne feledjük, Kelsennél a „jogtudomány” és a „jogelmélet” szinonim fogalmak –, ezért írta elő ő is a jogtudós számára a vizsgálat tárgya, a jog iránti semlegességet. Ebben az értelemben a „tisztaság” ideológiai követelés, még ha az nem is a tárgynyelv (a jog), hanem a metanyelv szintjén jelenik meg. Nos, Bobbio metatudománya viszont nem ír elő semmit, még a le-

írást sem, mindössze orientál, anélkül hogy ideált fogalmazna meg. Nem tiltja meg a jogtudósnak, hogy kifejtse saját kritikai álláspontját, tudva, hogy a jogtudomány saját ideáljához fűződő viszonyára vonatkozó reflexió bizonyos értelemben megkerülhetetlen feladat. A kelsen-i hibát azonban nem követi el, hiszen ha más ideált javasol, ő is ideológussá válik.⁴⁷

A jogtudomány autoritásával összefüggő probléma az, hogy miként határolható el ez az autoritás a jogétól. Ebben a kontextusban a „deskripció-preszkripció” szembeállítás ismételtén félrevezető, hiszen a leíró beszédnek is lehet társadalmi hatása, még abban az esetben is, ha legtöbbször a jogtudósok állásfoglalását a jog nem ismeri el jogforrásként. Mi több, a tanácsot vagy kategorikus állítást megfogalmazó jogtudós beszéde, noha célja nem magatartás-befolyásolás, mégis egyértelműen preszkriptív. A jogtudomány autoritása valójában nem a beszéd intenzitásától függ, hanem attól, hogy egy adott jogrend e diskurzusnak milyen normatív hatást tulajdonít.⁴⁸

2.3. Ordo juris

Bobbio némi malíciával jegyzi meg, hogy a hagyományos jogi gondolkodás nem látja a fától az erdőt, amikor a jog fogalmának meghatározásakor nem a jogrend, hanem a jogi norma definíciójából indul ki. Jhering vagy Austin normavagy szankciócentrikus elméleteivel szemben Hart, Kelsen és Bobbio jogrendszer-középpontú stratégiája szerint ugyanis a jogiség (*juridicité*) nem a norma, hanem a jogrend megkülönböztető jegye. A magatartás szabályozása ugyanis, a modern társadalmakban, összefüggő normarendszer által megy végbe.

A normatív rendszerek tipizálásának első s egyben az egyik legjelentősebb kísérlete Kelsenhez fűződik. Mint ismert, ő két típus közt tesz különbséget: a statikus rendszer normái egy eti-

47. Bobbio: *Être et devoir-être dans la science du droit*. 200. skk.

48. *Uo.* 204. skk.

kai posztulátumot tartalmazó alapnormából vezethetők le; a dinamikus rendszerben a hatalom lépcsőfokról lépcsőfokra történő delegálásán keresztül egyik norma a másikból deriválható. Az első esetben a normákat a tartalmuk, a második esetben a létrehozó eljárás fűzi a rendszerhez.⁴⁹

Stricto sensu egyedül a statikus-rationális normatív rend rendszer, a dinamikus-voluntarista normatív rendben – jellegzetesen a jogrendben – ugyanis a rendszer diszfunkcióiból adódó szituációk – inkompatibilis normák egyidejű létezése (antinómia), avagy a normahiányos normatív szituációk kialakulása (joghézag) – gyakoriak. Érdekes módon, ha ilyen vagy ehhez hasonló diszfunkció statikus-rationális rendben fordulna elő, nem is beszélhetnénk rendszerről. A dinamikus-delegáló normatív rend különlegessége az, hogy abban az egység kritériuma egy kompetens autoritás, s nem a tiszta ész. E rend nem szükségszerűen koherens vagy zárt. Egyfelől, elentmondás-mentességének és teljességének akadályja az, hogy a diszfunkciók feloldására bevezetett technikák – feloldási kritériumok és értelmezési módszerek – maguk is bizonytalanok. Másfelől, a statikus rendszerrel ellentétben a dinamikus rendszer elemei időben sokszor rendkívül gyorsan cserélődnek: egy norma elveszíti érvényességét, másik pedig hatályba lép. A jogrend ugyanis nem normák együttese, hanem normacsoportok egymást követő szekvenciája.

Bár a terminológia részben eltérő, Kelsen és Hart hatása érezhető Bobbio jogrend-tipológiáján is. Az egyszerű normatív rend első elsődleges szabályokból és legalább egy „előzetes” vagy azonosító szabályból áll; az összetett normatív rend pedig szabályokból, valamint szabályokra vonatkozó szabályokból, továbbá egy azonosító szabályokból áll. Az összetett rendszer nem tökéletesebb, mint az egyszerű rendszer. Léteznek egyszerű és tökéletes rendszerek is (például egy erkölcsi

49. Vö.: Hans Kelsen: *Tiszta jogtan*, ford. Bibó István, Budapest: ELTE Bibó István Szakkollégium 1988. 35. sk.

rendszer), az anarchista számára pedig éppenséggel az összetett rendszer (az állam) a tökéletlen.

Egyszerű jogrendben – primitív jogrendben (Hart) vagy természeti állapotban (Hobbes) – a szabályok egy szinten helyezkednek el. Ebben az állapotban nincsen jogalkotási norma, a természeti törvények hatálya kiterjed mindenkire. Nem létezik szankciót statuáló normák sem, hiszen törvénysértés esetén mindenki maga vehet elégtételt. A metanormák hiányozhatnak akár azért, mert a normatív rend már így is teljes, akár azért, mert a rendszer mindössze csekély változtatásra szorul. Létezik azonban egy azonosító szabály, amely megjelöli, hogy mely normák tartoznak a rendszerhez. Tökéletes egyszerű normatív rendben az elsődleges normák érvényesülhetnek szankciónormák nélkül is – abban ugyanis a szabálykövetés spontán módon zajlik, a szabályszegést pedig ad hoc megtorlás követi. E normarendszerben tehát a magatartást orientáló, irányító és ellenőrző társadalmi kontroll anélkül működik, hogy – az azonosító szabályon kívül – más metanormák léteznének.⁵⁰

Sokszor – a címzettek sorozatos szabályszegése miatt – e normatív rend nem hatékony, más szóval a címzettek tényleges magatartása eltér a normákban meghatározott előírástól. Az inkongruencia eliminálására két technika alkalmazható. A jogalkotó vagy szankciónormák bevezetésével a címzettek magatartását közelíti a normaelőírásokhoz, vagy fordítva, normatív eljárások, intézmények vagy más metanormák – normákra (vagy társadalmi kontrollra) vonatkozó normák – bevezetésével eléri, hogy a normák a címzettek tényleges magatartásához igazodjanak. Egyszerű rendszer félig összetetté a másodlagos normák egyik vagy másik típusának, de legalább egy társadalmi kontrollra vonatkozó kontrollnorma megjelenésével válik. Az összetett rendszert szankciónormák működtetik, a jogalkotás és/vagy jogalkalmazási norma pedig a rendszer transzformációját teszi lehetővé. Félig-összetett rend-

50. Bobbio: Être et devoir-être dans la science du droit. 133. skk.

szerről akkor van szó, ha az elődleges normákat legalább egy másodlagos – vagyis szankciót létesítő és/vagy jogalkotási (*norme sur la production juridique*) – norma egészíti ki. Az összetett jogrendszer az említett normatípusok összessége.⁵¹

Mint már említettük, a jogrendszer nem feltétlenül az egyetlen összetett normatív rendszer, ám arra jellegzetes példa: egyszerre statikus, de alapvetően dinamikus jellegű. Elsődleges és másodlagos, valamint azonosító normák halmazaként nyilvánvaló lenne azt feltételezni, hogy nem tökéletes. A jogtudósok a „jó törvényhozó” létét mégis megdönthetetlen vélelemnek tekintik. Bobbio szerint is egy adott jogrendben megdönthetetlen vélelem az, hogy a jogalkotó beszéde igazságos, ellentmondásmentes (*cohérente*), ésszerű és nem terjengős (*non-rédundante*), megdönthetően vélelmezett pedig az, hogy megnyilvánulása szigorú, rendszerszerű (*systemique*) és teljes (*complète*). A racionális törvényhozó posztulátumai azért lényegesek, mivel a jogalkalmazónak azt az értelmezést kell választania, amely leginkább megfelel ennek az eszményi törvényhozó akaratának.⁵²

Az e sajátosságokkal rendelkező jogrend diszfunkcionális működésének két jellegzetes esete az antinómia, valamint a joghézag. Antinómia esetében egyidejűleg létezik két, egymásnak ellentmondó norma, s így az ellentmondás-mentesség kritériuma sérül; joghézag pedig akkor alakul ki, ha sem egy norma, sem annak ellentéte nem létezik egyidejűleg egyszerre a jogrendszerben, vagyis nem érvényesül a teljesség elve.

Az antinómiát a jogalkotó preszkriptív beszédének diszfunkciója okozza, vagyis nem logikai ellentmondásról van szó (az előírásoknak ugyanis nincsen igazságértéke). Gyenge antinómiáról akkor beszélünk, ha általános elvek, célok ellen-

51. Norberto Bobbio: Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires, in Chaïm Perelman (szerk.): *La règles du droit*, Brüsszel: Bruylant 1971. 115. skk.

52. Norberto Bobbio: *Le bon législateur, Logique et analyse* (1971). 243. skk.

tétesek egymással, nevezetesen ha az igazságosság ütközik általános jogelvekkel, vagy ha a jogi hierarchia csúcsán (avagy a jogrend alapjában) elhelyezkedő alkotmányos értékek mondanak ellent egymásnak. Erős antinómia akkor alakul ki, ha normák explicit módon írnak elő ellentmondó magatartási szabályokat. Az utca embere az utóbbi, explicit antinómiával szembesülve feltehetően két ellentmondó szabály közül azt követné, amelyet igazságosabbnak tart, vagyis az antinómiát az igazságosság kritériumának bevezetésével oldaná fel. A tudományos (leíró) diskurzusban résztvevő tudós viszont két ellentétes állítás közül azt fogadja el, amelyet bizonyíthatónak tart. Az ellentmondás feloldásának adekvát művelete deskriptív diskurzusban ugyanis az igaz/hamis kód alapján a bizonyítási (*verité-verification*), egy előíró diskurzusban viszont a helyes (igazságos)/helytelen (igazságtalan) értékek mentén működő igazolási (*justice-justification*) eljárás. Míg az első műveletben azt vizsgáljuk, vajon az állítás vagy annak ellentéte felel-e meg az igazságnak (*verité*), az igazolás során azt, hogy az előírás igazságos-e (*justice*), vagyis azt, hogy normakollízió esetén melyik előírás elégíti ki tökéletesebben a formális igazságosság alapelvét, állítja Bobbio. A normakollízió a jogalkalmazást és a jogkövetést azért teszi nehezzé, mivel annak feloldási kritériumai összetettek, s kevésbé objektívek.⁵³

Három ellentmondás kiküszöbölésére szolgáló eljárás jól ismert a jogtudományban. Nevezzük ezeket a kronológia (*lex posteriori derogat priori*), a hierarchia (*lex superiori derogat inferiori*) és a specialitás (*lex specialis derogat generali*) elveinek. E három elv nyomán bizonyítási (*vérfication*), igazolási (*justification*) és egybefoglalási (*intégration*) módszereket különíthetünk el. Újra csak azzal kell szembesülnünk, hogy ezek nemhogy könnyebbé, hanem éppenséggel nehezebbé teszik a kollízió eliminálását, hiszen sokszor maguk a feloldási

53. Norberto Bobbio: Des critères pour résoudre les antinomies, in Chaïm Perelman (szerk.): *Les antinomies en droit*, Brüsszel: Bruylant 1965. 237. skk.

kritériumok is ellentétesek egymással. S nincsen kezünkben a „módszerek módszere”, amivel adott esetben a „helyes” válaszhoz eljutnánk. A másodfokú antinómia feloldásának nehézsége abból fakad, hogy a jog gyakorlati s nem tudományos diskurzus; s a jogrend alapvetően dinamikus és nem pedig statikus rendszer. Következésképp az objektivitás mércéje sem alkalmazható oly módon, mint a tudományos diskurzusban. Mi több, egy jogi döntésben az említett kritériumok érveként (*argument*) jelennek meg, s ezek közül a legerősebb a tekintélyre (*autoritas*) hivatkozó indokolásnak van. Ennek az érvnek az a jellemzője, hogy az objektivitástól leginkább független (*autoritas, non veritas facit legem*). S noha objektivitási fokát tekintve a kronológia érve a legerősebb, a jogban mégis mindig „veszít” nemcsak ezzel, hanem a másik argumentummal szemben is. Ha pedig az ellentmondás egy időben hatályba lépő, egyformán általános, s a hierarchiában azonos szinten elhelyezkedő normák közt lép fel, a jogalkalmazó értelmezésétől függően esetenként a hierarchia elve, máskor a kronológiai kritérium „győz”. Ha egyik említett kritérium sem jöhet szóba, a jogalkalmazónak végső soron azt az értelmezést kell választani – érvel egy jogpozitivistától meglepő módon Bobbio –, amelyik az igazságosság vélelmét vagy a jogrend célját – másként fogalmazva a *suum cuique tribuere* elvét – leginkább kielégíti. Ebben az esetben tehát ő is ugyanazt a kritériumot alkalmazza, amit az utca embere.⁵⁴

Joghézag esetére az azonosítási szabályok által megjelölt normaértelmezési szabályok – analógia, általános jogelvek – állnak a jogalkalmazó rendelkezésére. Ezek lehetőséget adnak akár a norma explicit rendelkezésein történő túllépésre is. Egyes jogrendszerek általános exkluzív vagy záró szabályt is bevezetnek, olyat, mint amilyen például a „minden, ami nem

54. *Uo.*, különösen 253. sk. Bobbio ezt az igazságossági elvet Perelmantól veszi át. Vö. Chaïm Perelman: *De la justice*, Brüsszel: Institut de Sociologie Solvay 1945; valamint Norberto Bobbio: Kelsen et Perelman, in uő: *Essais*. 271. skk.

kötelező vagy tilos, az megengedett” maxima. Ebben az esetben a jogalkalmazónak *in dubio* nem az igazságosság elvét, hanem a „jó törvényhozó” eszményét kell valamiféle „szuperkritériumnak”, megdönthetetlen vélelemnek tekintenie. Azt kell feltételeznie, hogy ő téved, s nem a jogalkotó, hiszen *dura lex sed lex*.⁵⁵

2.4. Regula juris

Bobbio definíciója szerint a jogrend elemi egysége, a norma funkciója a pozitív vagy negatív irány magatartás-szabályozás. A norma előidézheti, hogy a címzett megtegyen valamit, amit egyébként nem biztos, hogy szeretne megtenni; vagy ne tegyen meg valamit, amit egyébként tervbe vett. A sok fejtörést okozó jogelméleti probléma a szabály/norma normativitása. Az élménymaximák ugyanis ugyanolyan mechanizmust alkalmazva befolyásolják az emberi magatartást, mint a preszkripciók. A probléma gyökere a köznyelv bizonytalansága, amely „szabály” (*règle*) és „norma” (*norme*) kifejezéseket szinonimaként használja, bár az élménymaximát nem nevezi normának, legfeljebb szabálynak.

A különbség ennek ellenére kimutatható.⁵⁶ Egyrészt normák és élménymaximák modalitásukban térnek el egymástól, másrészt pedig abban, hogy az első esetben kötelezésről, másikkban szükségszerűségről van szó. A dilemma eredete másfelől az, hogy egyes egyöntetű magatartásokat normák idéznek elő, mások viszont mindössze szabályosak. „Szabályozott”

55. Bobbio: *Le bon législateur*. 249. E kritika akkor érthető igazán, ha a „jó törvényhozó” véelmét a „jó bíró” eszményével úgy állítjuk szembe, ahogyan azt elemzett esszéjében Bobbio teszi.

56. Bobbio: *La norme*. 107. sk.; Hart: *A jog fogalma*. 78. sk., 108. sk. Somló az „ontológikus” és „normatív” szabályok különbségéről beszél. Distinkciója tökéletesen megegyezik Bobbioéval. Vö. Somló: *Jogbölcselet*. 10. §, 14.

vagy „normává tett” magatartás sokszor „szabályossá” vagy „normálissá” válik, más „szabályos” vagy „normális” magatartások viszont nem mindig „szabályozottak” vagy „norma tárgyai”, avagy nem azért „szabályosak” vagy „normálisak”, mert „szabályozottak” vagy a „normává tettek” lennének. Más szóval, az emberi magatartások uniform jellege mindössze utal a szabály vagy norma jelenlétére. Normák mint preszkriptív kommunikációs aktusok ezerféle alakot ölthetnek. Vizsgáljuk meg ezeket egy olyan intenzitási grádus szerint, amelynek egyik szélső pontján parancsok és tiltások, másikon pedig tanácsok, kérelmek és ajánlások helyezkednek el. A nomológia rendező elve a kötelező erő, s annak intenzitása.

Parancsok (pozitív imperatívuszok) és tiltások (negatív imperatívuszok) közt három kritérium segítségével tehető különbség. Először is, a szabályozott magatartás felől nézve a tiltás rendszerint kisebb erőfeszítés kifejtését igényli, s a normában meghatározott magatartástól való tartózkodást folyamatosan megkívánja. A parancs teljesítése viszont nagyobb erőfeszítést igényel, ám a tanúsítandó magatartás korlátozott. Másodszor, hatását tekintve a parancs exkluzív, a tiltás viszont limitatív. E distinkció lényeges, ha a címzett előtt több cselekvési alternatíva áll. A jogalkotó a tiltás által mindössze kizár egyet ezek közül, ám nem teszi a többi alternatívát kötelezővé. S végül, míg a parancs a címzetti kör közös célja felé orientálja a magatartást, az egyénekre bízva az eszköz kiválasztását, addig a célhoz rendelt eszközre irányuló tiltás viszont az egyéni célok pluralitását feltételezi.⁵⁷

Az intenzitási fokban a parancsok és tiltások után a *bonum in se* magatartás tanúsítását előíró kategorikus normák következnek. Ezeknek az alapvetően erkölcsi normáknak a klaszszikus meghatározása Kant nevéhez fűződik. Szerinte ugyanis egyes esetekben a gyakorlati ész legfőbb parancsait „kötelesség a kötelességért” alapon kell követni. Tehát itt egybeesik a ma-

57. Bobbio: La norme. 117. sk.

gatartás célja és eszköze. A hipotetikus normák ezzel szemben a célmeghatározásban a címzettnek szabad választást engednek, viszont kijelölik a célokhoz vezető utat, vagyis az eszközt. A pragmatikus normák sémája az előbbi csoporthoz képest inverz: a célt határozzák meg, a szükséges eszköz kiválasztásában azonban a címzett tökéletesen szabad. Az irányelvek s a pragmatikus normák közös jegye az, hogy a címzettet mindkettő diszkrecionális hatalommal ruházza föl. Az irányelv esetében azonban a diszkrecionális jogkör nem az eszközök megválasztására vonatkozik, hanem arra, hogy a címzett meggyőző indok kifejtése esetén az eszközválasztási kötelezettségét ne teljesítse. A későbbiekben elemzendő tanács pedig egyedül a normaalkalmazás elutasításának esetére vonatkozó indokolási kötelezettség előírásában tér el az irányelvtől, más tekintetben viszont ahhoz hasonló, hiszen sem a tanács, sem pedig a direktíva esetében nem a normaalkotó autoritása, hanem a magatartás tanúsításának megfelelő eredmény számít. Az ajánlás nem fogalmaz meg – legtöbbször a nemzetközi jog alanyait (az államokat) terhelő – kötelezettséget, ami nem zárja ki, hogy az ajánlások ne képezzék másodlagos kötelezettségek alapját. Bobbio tipológiája szerint e normacsoport az utolsó, ami kötelezettséget állapít meg.

Tanácsok és a kérelmek nem a magatartást határozzák meg, hanem mindössze annak irányát befolyásolják. E két szabálycsoport mindössze *lato sensu* tartozik a normatív szférához. Az egyik különbség köztük az, hogy míg a tanácsadó a címzett érdekére tekintettel jár el, addig a kérelem a kérelmező érdekében hangzik el. Hobbes az érdek fogalmát viszont a tanács és parancs elhatárolása végett vezeti be. Utóbb azonban ez az elképzelés naivnak tűnt, ugyanis a jogrend szankcióval fenyegető parancsai nem minden esetben szolgálják a jogalanyok érdekét, s még kevésbé kizárólag a parancsadót. Jobban alkalmazható a következő distinkció: a tanács és a kérelem, szemben a parancsal, nem meghatározott magatartásmodellt kényszerít a címzetre, és/vagy ezt a címzett nem kötelezettségként, hanem/vagy javaslatként fogadja el. Míg tehát

a parancsadó arra tesz kísérletet, hogy a norma nem követésének hiánya esetére nem kívánatos, ellenkező esetre kívánatos következmény kilátásba helyezésével határozza meg a címzett magatartását, addig a tanács és a kérelem esetében a nem kívánatos és kívánatos következmények pusztán attól függően következnek be, hogy a címzett követi vagy sem a szabályt.⁵⁸

Léteznek „lehet” (*pouvoir*) deontikus operátort tartalmazó megengedő normák is. A megengedés lehet kifejezett, ha a norma kifejezett módon engedélyezi az adott magtartás tanúsítását, s lehet hallgatólagos, ha a tilalom hiánya utal a cselekedet megengedettségre. A megengedő norma függő, mivel feltételez egy imperatív normát, s azt részben – vagy esetleg egészében – érvényteleníti (*abrogation*) avagy lerontja (*derogation*). A második esetkör mindössze a parancs alóli kivételt tesz lehetővé, szemben az elsővel, amely egy korábbi imperatív szabályt eltöröl. A pozitív megengedő normák funkciója az, hogy egy magatartás tilalmazottságát részben vagy egészben feloldják, a negatív megengedő normáké pedig az, hogy egyes magatartásokat fakultatív jellegűvé tegyenek, azaz kötelező jellegüket részben vagy egészben feloldják. A megengedő norma szubszidiárius, hiszen a lehetséges magatartásformák túlnyomó részben megengedettek: még a legszigorúbb normatív rendszer is feltételezi, hogy „minden, ami nem tiltott vagy nem kötelező, megengedett”.⁵⁹

Más a helyzet a felhatalmazó szabályokkal. Ezek ugyan is nem abban az értelemben függenek az imperatívusztól, hogy lerontanák vagy korlátoznák azok érvényességét. A felha-

58. Uo. 121. skk.

59. Ha létezne kizárólagosan megengedő normákból álló jogrendszer, amelynek az implicit szabálya előírná, hogy „minden, ami nem megengedett, tilos vagy kötelező”, akkor viszont erős és gyenge értelemben vett kötelezettségről kellene beszélnünk. Ez azonban lehetetlen: egy kötelezettség minden esetben erős, hiszen azt kifejezett módon, előre láthatóan, s nem hallgatólagosan alkotják meg. Ez az abszurd rendszer jól rávilágít a megengedő normák imperatív normákat lerontó vagy korlátozó funkciójára. Lásd uo. 124. sk.

talmazó szabályok esetében alanyi jogról (vagy tág értelemben vett „jogról”), védett adottságról, lehetőségről vagy képességről (*faculté*) van szó. A köznyelv – bár pontatlanul – utal arra a különbségre, ami az imperatívusz és a felhatalmazás közt fennáll: míg az imperatív norma végrehajthatásáról beszélünk, addig a felruházó normán azt értjük, hogy valakit felruháztak egy jogosítvánnyal, s ő pedig kiélvezheti annak előnyeit.

Mindez azonban nem akadályozza a két normatípus konvertálását. A „jogosultság” és „kötelezettség” ugyanis korrelatív viszonyban áll egymással, mivel az aktív, jogosultsággal rendelkező személy irányában minden más passzív alany kötelezett. Nincsen szó tehát két *sui generis* normacsoportról, hanem mindössze két különböző alakot öltő kommunikatív aktusról. A felhatalmazó szabályok is függő normák, hiszen elősegítik az imperatív normák érvényesülését azzal, hogy – kifejezetten vagy hallgatólagosan – jogosultsággal ruházzák fel azt, akinek javára a kötelezettség fennáll. A jogirodalomban mindennek ellenére feltűnnek olyan nézetek is, amelyek a hatalommal felruházó – vagy felhatalmazó – normák preszkriptív jellegét tagadják, mondván, abból hiányzik a „legyen” deontikus operátor, avagy amellett érvelve, hogy e normák előírásokká nem alakíthatóak át. Ezt a hibát Hart is elköveti, amikor arról beszél, hogy a másodlagos normák funkciója az, hogy a címzettet – egy autoritást vagy magánszemélyt – hatalommal ruházzanak fel.

Az ilyen, kötelezettséget megállapító normákból fakadó előnyök realizálását megkönnyítő – normaalkotói, normaalkalmazói és norma-végrehajtási – kompetenciaszabályokról azonban már Ross bebizonyította, hogy valójában átalakíthatóak magatartás-szabályokká. A hatalommal felruházó normák ugyanis olyan hipotetikus imperatívuszok vagy célszabályok, amelyekben valamilyen módon szintén megjelenik a kötelezettség fogalma. Itt ugyanis nem a szabálykövetés hiánya miatt beálló szankció, hanem a kívánt cél megvalósítása – például egy érvényes szerződés megkötése – vezérli a címzett magatartását. Természetesen nem értelmetlen egyes normákat

– például a szerződés kötésre vonatkozó szabályokat – hatalommal felruházó normáknak nevezni, bár ezekben az esetekben is ugyanarról van szó, mint amiről hipotetikus normák elemzésénél már beszéltünk: a „hatalom” ugyanis nem más, mint meghatározott preszkripciónak megfelelő cselekmény következménye. A helyzet bonyolultabb, ha a transzformációt olyan alkotmányos rendelkezésekkel végezzük el, amelyek közhatalommal ruháznának fel egy autoritást. Arra, hogy akár ezek a normák is átalakíthatóak imperatív normákká, a *quod principi placuit legis habet vigorem maxima* említhető példaként: eszerint minden jogalany kötelessége engedelmességni annak, amit a princeps akar.⁶⁰

Konstitutív norma az a szabály, amelynek hatása független az előírás címzett általi követésétől. A hatás tudniillik azáltal jön létre, hogy a norma hatályba lép vagy érvényes lesz: egy hatályon kívül helyező norma, például, nem kötelező magatartásmintát, hanem magát a kérdéses normát helyezi hatályon kívül. Nos, úgy tűnhet, egy konstitutív norma vagy performatív aktus nem ír elő vagy le semmit – vagyis nem preszkripció és nem deszkripció –, hanem valamit létesít. Míg tehát e kommunikatív aktus esetében a norma megszületése és annak hatása egybeesik, deszkripció esetében az állítás és a cselekvés nem szükségszerűen esik egybe – szól az érv à la Austin. Ha azonban e két kommunikációs forma transzformálható lenne, paradox eredményre jutnánk: el kellene fogadnunk, hogy az expresszív diskurzusban elhangzó „enni szeretnék” és a leíró beszéd „eszem”-je egymásba átalakítható.

A jogászok a performatív aktusokat sokszor sui generis normacsoporthoz tartják, idesorolva például az olyan normákat, mint amilyenek a „Hatályon kívül helyezem” vagy a „Magyarország fővárosa Budapest”, azzal indokolva téziséket, hogy ezek hatása a kommunikatív aktus végrehajtásával áll be. Ez az álláspont azonban tarthatatlan. Az első esetben ugyanis

60. Uo. 126. sk.

nem egy norma tűnik el egyik pillanatról a másikra, hanem egy címzetteket figyelmeztető előírás születik arra nézve, hogy többé már ne alkalmazzák ezt vagy azt az – addig még hatályos – normát. A „Magyarország fővárosa Budapest” norma pedig a címzetteknek előírja, hogy Budapestet tekintsék fővárosnak, és nem más várost. A performatív aktusok tehát valójában preszkripciók.

Hasonló transzformáció az úgynevezett regulatív szabályokkal is elvégezhető. Searle nyomán ugyanis néhányan aszerint tettek különbséget a konstitutív és regulatív normák közt, hogy míg az előbbi olyan magatartásformát határoz meg, amely kizárólag e norma által létezik, addig a regulatív szabályok előzetesen és attól függetlenül létező magatartásformára vonatkoznak. Más szóval, az utóbbi szabályok célja nem a magatartásforma meghatározása vagy megalkotása, hanem az, hogy irányítsa, regulálja a címzett magatartását. A jogban egyes szabályokat a hatásuk miatt neveznek konstitutívnak, abban az értelemben, hogy a dolgok állásának változása független a norma által előírt magatartás tanúsításától, azaz közvetlen hatása van. Viszont míg a searle-i értelemben az a szabály lenne konstitutív, amelynek tárgya egy magatartás (pontosabban maga is egy magatartás), hatását tekintve, egy ilyen jogi norma is regulatív, mivel irányítja, regulálja a magatartást; s mint ilyen, valójában előírás. Ebből a szemszögből a nyers és intézményi tények közt tett distinkció mindössze megvilágítja azt, ami a konstitutív és regulatív szabályok elkülönítéséhez szükséges, ám úgy tűnik, valójában mindkettő preszkripció.⁶¹

E megfontolások segítenek tisztázni a másodlagosnak nevezett normák státuszát. Bár már néhány normaközéppontú jogpozitivistá elmélet is alkalmazta az „elsődleges-másodlagos” megkülönböztetést, e distinkcióban benne rejlő teoretikus erő – a „fától nem látva az erdőt” – mégsem szabadították ki. Ez kétségtől Hart érdeme. Hart ugyanis nemcsak azt állítot-

61. Uo. 129. skk.

ta, hogy léteznek „elsődlegesnek” vagy „másodlagosnak” nevezett jogi normák, hanem azt is, hogy e két normacsoportba a jogrend összes normája besorolható. Így járult hozzá a jogelmélet jogrendszer-középpontú stratégiájához, hiszen a jog fogalmát a jogrendszerre, s nem pedig egyedül a jogi normára tekintettel határozta meg.⁶²

A másodlagos vagy metanormák funkciója az, állítja Bobbio, hogy kijelölje az elsődleges normák megalkotásának tartalmi és formai korlátjait, azaz meghatározza a jogalkotást, és elrendezze az autoritások közti hatáskört. E normák több deontikus modalitást tartalmazó ismétlő (*itératív*) normák. Az elsődleges normákat kötelező, tiltó és megengedő alcsoportba sorolva, a másodlagos vagy metanormákat következőképpen osztályozhatjuk (a megengedő normák sajátosságaira figyelemmel):

- (1) parancsolást parancsoló,
- (2) parancsolást tiltó,
- (3) parancsolást megengedő,
- (4) tiltást parancsoló,
- (5) tiltást megtiltó normák.⁶³

Ez a tipológia önmagában nem sokat árul el a másodlagos normák sajátosságairól; vizsgáljuk hát meg alaposabban az „elsődleges-másodlagos” distinkciót. Ennek értéksemleges jelentése egy kronológiai sorrendre utal: másodlagos (második) az, ami az első után jön. Az értékelésen alapuló jelentések kétfelé bonthatók: funkcionális értelemben másodlagos az, ami kevésbé fontos (marginális vagy járulékos), elsődleges pedig az, ami fontosabb (principális vagy alapvető); s végül egy hierarchikus helyzetre alkalmazva „másodlagos” az, ami egyik a másikkal alárendelt. E három jelentés jól láthatóan különbözik egymástól: *a prior in tempore potior in jure* maxima jelentheti azt is, hogy az alanyi jog kronológiai jelentésben, s

62. Vö. Hart: *A jog fogalma*. 114.

63. Bobbio: *La norme*. 132.

azt is, hogy axiológiai értelemben elsődleges más normákkal szemben. A *lex posteriori derogat priori* szabály szerint viszont a kronológiai értelemben másodlagos norma más normákhoz képest axiológiai értelemben elsődleges.⁶⁴

Az „elsődleges-másodlagos” kifejezések differenciálatlan használata jellemző a jogi diskurzus számos területeire: a jogelméletre, a „hagyományos” jogtudományra s az alkotmányjogra. Először is, a jogelmélet művelői rendszerint „elsődlegesnek” nevezik azt a szabályt, amely előírja, hogy a címzett valamit tegyen vagy ne tegyen, s „másodlagosnak” azt, amely szankciót helyez kilátásba arra az esetre, ha a címzett nem tanúsítja a megkívánt magatartást. E distinkció kronológiai jelentése tehát arra utal, hogy létezik egy korábban keletkezett norma, amelyet a jogalanyoknak követnie kell, s létezik egy időben azt követő jogalkalmazónak címzett norma, arra az esetre, ha a korábbi norma nem érvényesülne. Másodjára, a hagyományos jogtudományban Jhering elemzése nyomán a kronológiai (értékeléstől mentes) jelentés mellé egy funkcionális jelentés társult. A német jogtudós, összekötve jogot és kényszert, a szankciónormát helyezte előtérbe, s így a kronológiai értelemben másodlagos normát funkcionálisan elsődlegessé tette. Kelsen normaelmélete e transzformáció radikális változata. Ő ugyanis úgy érvel, hogy egyetlen „igazi” jogi norma létezik, jelesül az, amit a hagyományos jogelmélet által másodlagosnak nevez (vagyis a szankciónorma). S végül, de nem utolsósorban megfigyelhető, hogy az alkotmányjogban szinte kezdetektől fogva az értékelésen alapuló megkülönböztetés vált bevetté. Az alkotmányjogászok ugyanis azt a normát tekintik elsődlegesnek, amelyik a jogforrási hierarchiában más normákhoz képest fentebb helyezkedik el. A hierarchikus rendben másodlagos norma nem módosíthatja az elsődlegest, ami viszont lehet kronológiaiilag elsődleges is, másodlagos is. Ebben az esetben nem a norma fontossága számít tehát – mint

64. Bobbio: Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires. 104 sk.

a funkcionális-axiológiai jelentésnél –, hanem a norma pozíciója.⁶⁵

Hart már számot vet az „elsődleges-másodlagos” terminusok mind kronológiai, mind pedig hierarchikus viszonyra utaló jelentéseivel, s Kelsentől eltérően nála a két jelentés ugyanarra a normára utal: a kronológiai értelemben elsődleges norma ugyanis funkcionálisan is elsődleges, a másodlagos (elismerési, módosítási és ítélkezési) normák funkciója pedig a jogrendet megelőző, elsődleges normákból álló, statikus és nem hatékony normatív rend hibáinak orvoslása. E normák nem állapítanak meg kötelezettséget, hanem hatalommal ruháznak fel. Megválaszolatlan marad ugyanakkor az a kérdés, hogy vajon e normák hierarchikus jelentésben is másodlagosak-e. Egy fejlett jogrendszerben a – harti értelemben vett – másodlagos normák pozíciója ugyanis rendszerint a jogforrási hierarchiában előkelőbb, mint azoké a normáké, amelyeket ő elsődlegesnek nevez. A következetes szóhasználat azt követelné meg, hogy helyzetük – s nem funkciójuk – miatt azokat „elsődlegesnek” nevezzük. Úgy tűnhet, hogy e hiba elkerülhető lenne, ha – von Wright nyomán – az „elsődleges-másodlagos” kifejezéseket „felső szintű – alsó szintű” terminusokkal helyettesítenénk, kifejezésre juttatva ezzel, hogy a dinamikus jogrend lépcsőzetes hierarchiájának elemeiről van szó. Az új terminológia azonban újabb zavarokat szülne, hiszen mindössze a pusztá konvenció számoltatja velünk – az alapnormától kezdve – a jogrend lépcsőfokait felülről lefelé. Ha a jogi piramist alulról néznénk, a „felső szintű – alsó szintű” normák valójában másodlagosak lennének.⁶⁶

Bobbio a következő megfontolásokat ajánlja figyelmünkbe. Ami biztos, az az, hogy a dinamikus jogrendben léteznek később születő, funkcionális szempontból kevésbé lényeges, s végül (amennyiben a jogrend kellően strukturált) hierarchikusan felsőbbrendű normák. Ezeket lehet másodlagos, szabá-

65. Uo. 107.

66. Uo. 108. sk.

lyokra vonatkozó vagy metanormának nevezni. Valójában az elnevezés kontingens. Ami számít, az a szankciónormák s a jogalkotási normák által kialakított normatív szituáció.⁶⁷

A szankciónorma ugyanis egy időben korábban megalkotott norma létét (kronológiai jelentés) feltételezi, s csak akkor jön játékba, ha az előbbi norma nem hatékony. A szankciónorma tehát egy másik norma szolgálatába állított szabály (funkcionális jelentés). A jogalkotási normák – a harti terminológia szerinti „változtatás” szabályok – a jogrendszer belső változtatását teszik lehetővé, meghatározva azokat az eljárásokat, amelyek más norma megváltoztatását teszik lehetővé (funkcionális jelentés). Ezek a normák állnak a hierarchia csúcán, s teszik lehetővé más normák érvénytelenítését (hierarchikus jelentés). Mindkét normának van egy *genus proximuma*, méghozzá az, hogy e szabályokat a jogrendszer egy másik normájához fűződő viszonya alapján definiáljuk; tehát tisztán strukturális értelemben másodlagos normákról van szó.⁶⁸

Terjesszük ki vizsgálódásainkat a Hart által másodlagosnak nevezett normák közül a legfontosabbra! Az „elismerési” szabály jogrendszerhez fűződő viszonyával összefüggésben Bobbio Hart két tézisével vitatkozik. Egyrészt, az oxfordival ellentétben, szerinte minden – akár a primitív – normatív rendszerben létezik egy ilyen szabály. Ha ugyanis nem létezne legalább egy jogi normákat azonosító norma, akkor jogrendről sem lehetne beszélni. Másrészt akár egy összetett jogrendben is előfordul olyan szituáció, amikor egy norma anélkül tartozik egy jogrendhez, hogy kielégítené az elismerési szabály által szabott kritériumokat. Egy dogmatikai szabály például materiálisan érvényes, hiszen annak funkciója a jogrendszer statikus jellegéből fakadó hiányosságok orvoslása. Egy ilyen szabály formálisan nyilvánvalóan nem tartozik a rendszerhez

67. Uo. 110. skk.

68. Bobbio: *Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires*. 112., 4. jp.

(dinamikus rend tartalma mindig kontingens), mivel nem a jogalkotási normának megfelelően jött létre.

Bobbio álláspontja szerint tehát minden normatív rendben létezik egy – implicit vagy explicit – „előzetes-másodlagos” (*préliminaire-secondaire*) norma. Egy olyan összetett normatív rendben, mint a jog, az „azonosító” szabály (*norme de l'identification*) alá sorolhatóak

- (1) azokat a tényeket és aktusokat kijelölő kritériumokat tartalmazó jogforrási normák (*normes sur la source*), melyek a jogrendszerhez tartozó normák megalkotóját e hatalommal felruházzák;
- (2) a jogszabályok térbeli és időbeli érvényességének (hatályának) terjedelmét meghatározó normák, amelyek kijelölik a jogalkotói hatalmának határait;
- (3) az előző két kritérium szerint a rendszerhez tartozó normák értelmezésére és alkalmazására vonatkoznak normák.

Az azonosítási szabály fontos szerepet játszik a jogalkalmazásban. A jogalkalmazó ugyanis az előtte lévő ügyben az alkalmazandó norma jelentései közül választ ki egyet. Előfordulhat, hogy egy másik norma – vagy maga az azonosító szabály – jelöli ki ezt a jelentést, s a jogalkalmazó mindössze e kijelölő normát értelmezi. Így például az azonosítási szabály joghézag esetére analógia alkalmazására hatalmazhatja fel a jogalkalmazót. Ekkor a jogalkalmazó egy jogrendszerhez explicit módon tartozó norma ratiója alapján egy implicit normát alkalmaz. Akár az is megeshet végül, hogy a jogalkalmazó anélkül alkalmaz analógiát, vagy materiálisan érvényes dogmatikai szabályt, hogy e felhatalmazást a hatalommal felruházott autoritás alkotta volna meg.

3. Az engedelmeskedési kötelezettség kérdése a III. Köztársaságban: Duguit és Carré de Malberg

A jogbölcseletben hatványozottan is igaz az a mondás, hogy nincs új a nap alatt. Az a kérdés, hogy miért kell engedelmeskedni az autoritás utasításainak, már legalább azóta foglalkoztatja a zsidó-keresztény kultúrkört, amióta Mózes lehozta a kőtáblákat a hegyről.⁶⁹ S mivel a „jogbölcselet” kifejezéssel rendszerint *sub specie aeternitatis* fogantatású tanokra utalunk, aligha lepődik meg bárki is, ha kérdés megválaszolás során napjaink kutatója a legkülönbébb tanrendszert mozgósítja. A klasszikusnak nevezett 19-20. századi francia jogtudomány „dilemmái” erősen emlékeztetnek napjainkéira, s a válaszok sem ismeretlenek azok számára, akik Kelsen, Schmitt, Ehrlich vagy éppenséggel Hart, Raz és Finnis jogbölcseletét tekintik „fontosnak”.

3.1. A jogi pozitívizmus problémája és a jog ontológiai kérdése – Franciaországban

A francia jogbölcseleti tradícióban használt „jogi pozitívizmus” (*positivisme juridique*) kifejezés poliszémikus. A kifejezés legkevesebb két irányzatra utal, ugyanúgy ahogyan a német avagy az olasz esetében is: egyfelől a voluntarista, másfelől pedig a szociológiai megközelítésre. Míg az elsőnek a forrásait Bodinnél és Rousseau-nál, a másodikét Comte-nál és Durkheimnél kell keresnünk.⁷⁰

69. Lásd a kontraktuális megalapozásról François Ost: *Du Sinaï au Champ-de-Mars. L'autre et le même au fondement du droit*, Brüsszel: Lessius 1999.

70. A 19. század végi és 20. századi francia közjogtudománynak négy fellelvára és legalább három nagy alakja volt (1) Léon Duguit – Bordeaux; (2) Raymond Carré de Malberg – Strasbourg; (3) Maurice Hauriou – Toulouse. (4) A negyedik központ nyilvánvalóan Párizs volt, ahol

Ha a 19-20. századi fejleményeket nézzük, láthatjuk, hogy a két irányzat közös jegye a metafizika-ellenesség, ami a dualista természetjogtan elvetésében manifesztálódik a legtöbbször. Akárcsak Kelsen, a francia pozitivisták is úgy látják, hogy egyetlen, ember alkotta jog van, s elvetik a másik, emberalkotta jogon kívül létező természetjog létezését. A *Revue internationale de la théorie du droit / Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* folyóirat nyitószámának krédójában a szerkesztők (Kelsen, Duguit, Weyr) a következőképpen fogalmaztak:

„ (...) komoly indokaink vannak arra, hogy meg legyünk győződve arról: a lemondó bizonyosság az egyetlen eszköze az igazságosság és méltányosság iránti vágyunk kielégítésének; hogy nincsen más igazságosság, csak az, amit az állam és az államok közösségének pozitív jogában találunk.”⁷¹

Mint látni fogjuk, a szociológiai pozitívizmushoz közel álló Léon Duguit végülis nem követte a hitvallásban megfogalmazottakat. Raymond Carré de Malberg, a voluntarista pozitívizmus klasszikusának álláspontja következetesebb volt. Szerinte a „természetjog” (*droit naturel*) *contradictio in adiecto*: a természetes rendből levezetett jog akkor jogszabály, ha a pozitív jogrend része; ha pedig a természetjog egy szabálya a jogrend része, akkor már nem természetes, hanem jogi szabály.⁷²

számtalan irányzat, felfogás, tan alakult ki ebben az időszakban, főként a *Code civil* centenáriumi ünnepsége idején (1904). Értelemszerűen ezzel összefüggésben inkább a magánjogászok fejtették ki véleményüket (pl. François Géný).

71. Hans Kelsen: *Préface, Revue internationale de la théorie du droit / Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* 1 (1926/1927). 13. A krédó a híres, a jogszociológiai és a jogelmélet közötti határvonallal kijelölésre vonatkozó kompetenciavitáról említést sem tesz.

72. Raymond Carré de Malberg: *Contribution à la théorie générale de l'État*, (1920–1922) Párizs: C.N.R.S. 1962. 228.

Carré de Malberg John Austinhoz hasonlóan a jogot parancsnak tekinti. Pontosabban, ahogyan Rousseau is tanítja, szerinte a jog az „általános akarat kifejeződése” (*l'expression de la volonté générale*). A szociológiai pozitívizmus viszont az amerikai és a skandináv realistákhoz hasonlóan a jogot tényként kezeli. A francia jogbölceselet viszonylag későn, a Kelsen-tanítvány és -fordító Eisenmann-nak köszönhetően adta fel a voluntarizmust a normativizmusért, azzal együtt, hogy a francia jogtudományban mind a mai napig vitatott a jogrendszer hierarchikus felépítésének tana. A *Stufenbaulehre* elutasításának a Kelsen-recepció késői és részleges jellege mellett a III. Köztársaság alkotmányos hagyománya is oka lehet. Ebben a jogrendszerben ugyanis az alkotmány olyannyira hajlékony volt, hogy nem is különbözött a normahierarchiában alatta elhelyezkedő törvénytől. A harti terminológiával élve e jogrendszer elismerési szabálya pusztán annyi volt, hogy „jog az, amit a parlamenti többség akar”.

A pozitívizmus másik, antivoluntarista irányzata, a szociológiai pozitívizmus ezért taníthatta, hogy a parlamenti többség akarata tény. Duguit a német szabadjogászokhoz hasonlóan, úgy vélte, hogy a jog valódi forrása független a parlamenti többség akaratától. Ezt a felfogást egészíti ki azzal a skandináv realizmusban megjelenő elképzeléssel, hogy a jogi fogalmaknak nincsen jelentésük. Megjegyzendő, hogy különös módon – szemben a realistákkal és a szabadjogi iskola képviselőivel – sem Duguit, sem pedig Carré de Malberg nem gondolta azt, hogy el kellene vetni a Montesquieu-féle „bíró a törvény szája” ideológiát.

A kétfajta pozitívizmus egyike sem ad meggyőző választ az engedelmeskedési kötelezettség kérdésére. Ennek az egyik oka, hogy a pozitivisták ezt ideológiai kérdésnek tekintik, és elkülönítik a jogi ontológiától. A problémát hiába tessékeliük ki az ajtón, ha az ablakon visszamászik. A következő elméletek elemzése így az olvasót talán arról meggyőzi, hogy a pozitivisták tanokban közvetlenül nem is, de ha máshol nem, akkor az alkotmányozó hatalom vagy a legitimáció által keltett vitákban

újra visszatér az a probléma, hogy „miért kell engedelmeskedni az emberi törvényhozónak?”. A jogi ontológia alapkérdése, hogy tudniillik „mi az érvényes jog?”, szükségszerűen hozzákapcsolódik ahhoz a politikai filozófiai karakterű kérdéshez, amely az engedelmeskedési kötelezettség alapjára irányul.

Most tegyünk egy nagyon rövid kitérőt a jogi ontológia kérdésére! A francia jogfilozófia történetéről szóló szokásos elbeszélés szerint a szerzők két táborba csoportosulnak. Az egyik tábor az elmélet egyetlen axiómájának a *ratiót* vagyis az értelmet (*raison*) tekinti, a másik pedig a *voluntast*, azaz az akaratot (*volonté*) tartja egyedül fontosnak, ha a fenti ontológiai problémát tárgyalja. A megkülönböztetés igen régi. Ennek felel meg a *iūs sive iustum* vagy a *sive iussum*, vagy akár a *rex facit legem*, avagy a *lex facit regem* közti választás is. Amikor a kortárs jogfilozófia a hülétikus és expresszív normakoncepciót állítja szembe egymással, valójában nem tesz mást, mint új köntösbe öltözteti ezt a régi distinkciót.⁷³ Ha a jogot a fogalmi ökonómia parancsának engedelmeskedve egyetlen magyarázó elemmel határozzuk meg, reduktív ontológiához jutunk. További állításunk az lesz, hogy a fent idézett elméletek (Carré de Malberg, Duguit) egyike sem használ reduktív ontológiát, azaz, a pozitivizmus voluntarizmusát a ráció gyengíti, illetve, a természetjog racionalizmusának, amennyiben az értelem önmagában nem lenne hatékony, az autoritás akarata segít érvényre juttatni.

De lapozzunk egy kicsit vissza a jogbölcselet történetének képzeletbeli könyvében! Miként azt már sokan bemutatták, történetileg az „ész vagy akarat” dilemma az Isten- meghatározások által keltett teológiai vitákban jelent meg először. A voluntarista teológia szerint a világ tisztán az isteni akarattól függ (Ockham). Az ezt elutasító álláspont szerint viszont Isten mindenhatóságát korlátozza az isteni értelem, vagyis, Isten csak ezt, a lehetséges világok közül a legjobbat teremthette

73. *Uo.* 56–63.

meg (Leibniz). Nyilvánvaló, hogy Istennek engedelmeskedni kell, csak hogy az egyik esetben a parancsot kiadó tekintélye miatt, a másik esetben viszont a teremtetten lény értelmi belátásánál fogva.

A francia politikai filozófiában a teológiai voluntarizmus szekularizálásában kitüntetett szerepe volt Jean Bodinnak. A törvény egyedül az akarattól függ, s ez az akarat pedig a szuveréné,⁷⁴ amit a kibocsátó törvényhozói minősége teszi azzá, ami.⁷⁵ Ez azt jelenti, hogy a szuverén ugyanúgy az összes kötelezettség forrása, mint ahogyan Isten. Az ezzel szemben álló tan – amit mások mellett a karteziánus filozófiát az államelméletre alkalmazó a fiziokrata szerzők dolgoztak ki – úgy látja, hogy a szuverén feladata az, hogy a természeti törvényeket a jog nyelvére átírja. Az értelem segítségével ugyanis ezek a törvények felismerhetők. Ennek a gondolatmenetnek a legátfogóbb kifejtését Domat-nál és metafizikai megalapozástól elforduló Montesquieu-nél találjuk meg. Durkheim Montesquieu-ről írott doktori dolgozatában pontosan amiatt kritizálja a *Törvények szellemének* a szerzőjét, amiért a törvényhozó feladatául nem pusztán a szokásjog (avagy az értelemmel felismert természetjogi szabályok) joggá való átírását tűzi ki célul, hanem bőséges helyet hagy a jogalkotói akaratnak is.

A voluntarista elméletekben az értelem korlátozó funkciója már igen korán megjelenik. Bodin szuverénje valójában kötelezettségek alanya is, hiszen hatalmát korlátozzák a száli törvények (vagyis az alkotmány), a más szuverénnek irányában tett ígéretei (vagyis „nemzetközi” kötelezettségei). S a másik oldalról pedig igaz az, hogy a racionalista-természetjogi fel fogás sem tudta teljesen eliminálni az akarat fogalmát. Vagy

74. „*Les loix, ne dépendant que de sa pource et franche volonté*” (*leges ... ab unius iubentis voluntate pendere*) Rép. I. 8. 192.; „*la loy ... (est) le commendement du Souverain, usant de sa puissance*” Rép. I. 8. 221.

75. Raymond Carré de Malberg: *La loi, expression de la volonté générale*, (1931) Párizs: Economica 1984. 23.

idézhethetnénk még Rousseau vetélytársát, Burlamaquit, aki a jogot (*droit*) Isten akaratára vezetí vissza, de rögvest hozzá is teszi, hogy azt az emberi értelem ellenőrzi.

3.2. A nemzeti szuverenitás elve Carré de Malberg voluntarista államelméletében

Noha a szerző politikai célja nyilvánvaló,⁷⁶ Carré de Malberg életművében – Kelsenhez hasonlóan – mindvégig megvult a törekvés arra, hogy a politikától megtisztítsa a jogi fogalmakat. Nagy államelméleti műve pontosan azért íródott, hogy az államtudományt elkülönítse a pártpolitikától, s ezzel szétválassza az alkotmányjogot és a politikai érvelést. Amikor az elmélet megszületett, Kelsen és Merkl tanrendszere, valamint a fontosabb német doktrínák már ismertek voltak. Vagyis nem Carré de Malberg importálta a normativizmust Franciaországba, s nem is volt normativista. A német-osztrák tanokhoz képest számára a francia pozitivizmus egyediségét – sőt, nézőpontjukból, egyenesen felsőbbrendűségét – a voluntarizmus és a francia forradalom adja.

Carré de Malberg a társadalmi szerződés tanokon pallérozott elmék hazájában állítja azt, hogy az engedelmeskedési kötelezettség az állam megszületésére hivatkozva igazolhatóat-

76. A francia alkotmányjogász a „belső Franciaország” (*France de l'intérieur*) azon elzəsi kisebbséghez tartozott, aki frankfurti szerződés révén a Német Birodalomhoz csatolt terüetről, francia állampolgárságát megőrizve elvándorolt. Pályáját civilistaként kezdte, de az I. világháború kitörésekor érdeklődése az alkotmányjog felé fordult. Első jelentős alkotmányjogi tanulmánya is Elzász-Lotharingia státuszáról szól, amiben a föderáció kérdését tárgyalta, azt kísérelve meg bemutatni, hogy a törvényhozási autonómiával rendelkező egységben élő elzásziaknak végső soron nagyobb szabadsága lenne a republikanizmus, s ezzel együtt az oszthatatlansági elvet valló unitárius berendezkedésű Franciaországban, mint a német monarchikus-szövetségi államalakulat keretein belül.

lan, hiszen ez nem több egy puszta ténynél.⁷⁷ Jogi értelemben az állam egy jogi személy. Az egyénekről vagy a fejedelemeiről mint államhatalomról mindössze annyi mondható, hatalomgyakorlásuk egy tény.⁷⁸ A törvényeknek a nemzet mint szuverén beleegyezése ad kötelező erőt, s az alkotmány tekintélye is csak a nemzet által birtokolt hatalomból vezethető le. Így aztán az alkotmány és a törvény között sincsen különbség, hiszen a törvényhozó és az alkotmányozó hatalom – legalábbis a III. Köztársaság keretei között – ugyanaz. Ha törvény és az alkotmány között nincsen hierarchikus viszony, előbbiek nem is vethetőek alkotmányos kontroll alá.⁷⁹

De mi a szuverenitás? E jellegzetesen francia fogalom a pápával és a német-római császárral vívott harchoz kötődő diskurzusban jelent meg először. Bodint megelőző nyelvhasználatban még nem csak az államra utaltak ezzel kifejezéssel. A szuverenitást mint legfőbb hatalmat – legalábbis Carré de Malberg így látta – Bodin rendelte először hozzá egy általános, vagyis személytől független formációhoz, az államhoz.⁸⁰ A fogalom olyan módon alakul át, hogy előbb csak az állam egy jellemzője volt, utóbb viszont magát az államhatalmat jelölte. Az államhatalom jegyeinek Bodin által adott felsorolása azért meglepő – írja Carré de Malberg –, mert e jegyek valójában nem a szuverenitásból következnek, hanem az államhatalom részei. Bodint ugyanis az a szándék vezérelte, hogy a szuverenitás mint legfelső hatalom fogalmának negatív kritériumát („aminél nincsen magasabb rendű”) pozitív kritériumokkal egészítse ki, de ezzel a szuverenitás fogalmát is zavarossá tette, hiszen a szuverenitás jegyeit jelentő hatalmat (pl. tisztségviselők kinevezésének jogát) a nem teljesen független államok is gyakorolhatják. A negatív meghatározás pozitív jegyekkel való kiegészítés melletti következő probléma pedig az volt, hogy maga a szuverenitás össze-

77. Carré de Malberg: *Contribution à la théorie générale de l'État*. 68.

78. Uo. 69–70.

79. Uo. 63.

80. Uo. 73. skk.

keveredett a legfőbb hatalmat gyakorló személlyel, holott az abszolút uralkodó valójában csak egy szerv.⁸¹

A szuverenitásnak így három értelme között lehet különbséget tenni. Jelentette (1) egy teljesen független hatalom legfelső jellegét; majd (2) magát az államhatalmat, s végül arra a helyzetre utalt a kifejezés, amelyet az államban az államhatalom címzettje foglal el, és ebben az esetben (3) egy szerv hatalmával azonos.⁸² Ez a megkülönböztetés a német államelméletből, egészen pontosan Hermann Rehmtől ered. Utóbbinál szuverenitás (1) abszolút hatalom (*absoluten Souveränitätsbegriff*), (2) államhatalom vagy nyilvános autoritás (*Staatsgewalt*), (3) a legfelsőbb állami szerv jogi helyzete (*Staatsorganssouveränität*).⁸³ A szuverenitás oszthatatlanságát Carré de Malberg szerint nem az (1), hanem (2) jelentéshez kell kapcsolni, hiszen amennyiben osztható lenne a szuverenitás, úgy abban az esetben már, miként az (1) jelentés meghatározza, nem lehetne legfőbb hatalom.⁸⁴

Valójában, írja a francia gondolkodó, az állam létezésének nem a szuverenitás a *sine qua non* feltétele, hanem az államhatalom (*puissance d'État*) fennállása.⁸⁵ Az alkotmány bizonyíték arra, hogy e hatalom létezik, s ez határozza meg magát az államhatalmat is, továbbá gyakorlásának feltételeit és korlátait. A szuverenitás a szuverén önmeghatározási (*autodétermination*) képessége. A „szuverén állam” kifejezéssel arra utalunk, hogy az állam képes (*faculté*) kizárólag a saját akaratából meghatározni saját hatásköreit (úgy is mondhatnánk, hogy „hatáskörökre vonatkozó hatásköre” van), és kitűzni céljait.⁸⁶ Egy állam létezik,

81. Uo. 69–79.

82. Uo. 79.

83. Idézi Arnauld Haquet: *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, Párizs: P.U.F. 2004. 11–12., 11. l. jp.

84. Vö. Michel Troper: La souveraineté comme principe d'imputation, in Dominique Mailland Desgrées du Loû (szerk.): *Les évolutions de la souveraineté*, Párizs: Montchrestien 2006. 69–80., 71.

85. Carré de Malberg: *Contribution à la théorie générale de l'État*. 157.

86. Uo. 174.

ha meghatározott területen, meghatározott népesség (*collectivité*) felett áll egy olyan eredeti hatalom, amely saját akaratát és hatalmát nem másról vezeti le. S pontosan ez a különbség a szuverén és a nem szuverén állam között: csak az előbbi képes korlátlanul meghatározni saját magát. A „szuverenitás” nem több, mint az államhatalom minősége: a szuverén államban az államhatalom nem függ semmilyen más akarattól.⁸⁷

Az államhatalom ellenállhatatlan; fennállása természetes és megváltoztathatatlan tény. Létét céljai igazolják. A jogrend alapjának elemzése során nem lehet rákérdezni a hatalom legitimációjára, mivel az nem a közjog területére tartozik.⁸⁸ A jogász viszont azt megkérdézheti, hogy

„ezt a hatalmat miként alkották és gyakorolják hatékonyan, s hogy annak alapja miben rejlik. Másfelől, a jogtudomány általános nézőpontjából tekintve úgy tűnik – anélkül, hogy a jogász túlmenne a legelső alkotmányon, amellyel egy időben megszületett az államszemély – hogy az állam uralkodó hatalma az állam alkotmányából ered. Ez legelső alkotmány az, amely a nemzeti közösség (*collectivité*) szervezetét megalapította. Azt a szervezetet, amelynek eredménye egyszerre ennek a közösségnek az egyesítése egy jogi személyben és a csoport akaratának korlátozása egyetlen egyesített akaratra, amelyet a csoport alkotmányos szervei fejeznek ki, és amely, jogi értelemben, a csoportban lévő legerősebb (*puissant*) akarattá alakul át. Így, a jogtudomány sajátos területén az államhatalmat csak egy nemzeti szerveződés (*organisation nationale*) eredményének lehet tekinteni, amennyiben ez a szerveződés a nemzetben jogilag egy olyan felsőbbrendű akaratot alakít ki, amely mellett, tényként, létezhet minden más.”⁸⁹

87. Uo.

88. Uo. 194.

89. Uo. 196.

Önmagában a jogi szervezet nem tudja garantálni az általa megalkotott akarat hatékonyságát. De az erőszak (*force*) sem lehet ez az alap, mint ahogyan azt Duguit állította. Sőt, ez ő elmélete éppenséggel anarchiához vezet, véli Carré de Malberg, mert ha csak az uralkodó csoport ereje alkotja az államot, akkor az ellen a többség hamar fellázad. Az államban meglévő hatalom akkor lesz állandó és hatékony, ha ez a legnagyobb erő több államalkotó erőnek az egyensúlyából adódik ki. A kormányzó hatalma felsőbbrendű, s mivel a jogrenden alapul, jogi és nem csak ténylegesen gyakorolt hatalom.⁹⁰

Az állam – Carré de Malberg elméletében – nem korlátozza saját magát, úgy ahogyan Jellinek gondolta, s még kevésbé korlátozhatja ezt a hatalmat a pozitív jogtól függetlenül létező természetjog. (Utóbbi a természetjogász Le Furnak volt az álláspontja.) A *Deklarációban* rögzített jogosultságok korlátozák ugyan az államhatalmat, de valójában ezen jogok csak attól váltak a jogrend részévé, hogy az alkotmányozók alkotmányos törvényben kihírdették. Gyakorlásuk feltételeiről viszont a törvényhozó rendelkezik, így valójában tartalom nélküli az 1791-es alkotmány azon szakasza, amely e jogok tiszteletben tartására kötelezi a törvényhozót.⁹¹

Az államhatalom felett nem állhat és azt nem is korlátozhatja semmiféle más hatalom, csak maga a jog. A jog éppen úgy kötelező az államhatalom, mint az egyének számára, a különbség mindössze annyi, hogy az egyének nem változtathatják meg a jogszabályokat. Az államhatalom korlátja egyfelől az, hogy nem idézhet elő anarchiát (hiszen akkor tovább már nem is létezne), másfelől pedig az, hogy amennyiben létezik a – megfelelő eljárásban megalkotott – jog, akkor azt ne vegye figyelembe (ami viszont nem jelenti azt, hogy a jogszabályokat ne változtathatná meg).

90. Uo. 196. skk.

91. Uo. 228–238.

3.3. Erőszak vagy erkölcs? A jogrend alapjainak kérdése (Duguit)

A strasbourgi voluntarista pozitivizmusához képest a bordeaux-i iskola legfontosabb alakja, Duguit más utat járt be. Utóbbi az ugyanitt tanító Durkheim szociológiai elméletét kívánta alkalmazni az államelmélet területén. Durkheim tanainak a közjog területére való bevezetése nem okozott különösebb nehézséget. A jogszociológia ugyanis az általános szociológiából nőtt ki, vagy mondhatjuk úgy is, hogy annak árnyékában nőtt fel.⁹² A problémát inkább az okozta, hogy kit kell szociológusnak tekinteni.

August Comte rendszertana szerint ugyanis a tudományok királynőjének tekintett szociológia magába olvaszt mindent. Comte joggal szembeni averziója a szociológiai módszer jogtudományban való meghonosítását nehezítette:

„Comte álláspontja, írja maga Duguit, a jogszociológia lehetőségét kizárta nem csak a társadalom fejlődésének általános törvényeire irányuló kutatása és a szociológia speciális ágainak elutasítása, hanem a jog gyűlölete miatt is, amelynek minden valóságát elutasította.”⁹³

92. Vö. André-Jean Arnaud: *Critique de la raison juridique. 1. Où va la Sociologie du droit?* Párizs: L.G.D.J. 1981. 61.

93. Duguit szavait idézi Arnaud *uo.* 72. Másfelől viszont, szerinte Comte-nak a jogfilozófia mégiscsak sokat köszönhet, amiért szembeállította a „rendet” és a „haladást”, vagyis a statikus és a dinamikus szociológiát. Durkheimnél ez a gondolat abban a tézisben nyilvánul meg, amely szerint egy társadalmi struktúra története nem magyarázza meg annak jelenlegi funkcióját. A Comte-féle stádiumelméletet például érdekesen alkalmazza egy Duguit-kortárs belga jogtudós. Szerinte a három stádium háromféle értelmezési módszernek felel meg. Frydman így rekonstruálja ezt a fejlődést: teológiai korszak / szó szerinti értelmezés / nyelvtani módszer / aminek a szó a tárgya; metafizikai korszak / logikai értelmezés / logikai módszer / aminek az akarata a tárgya; pozitív korszak / teleológiai értelmezés / társadalomtudományi módszer / aminek a va-

És való igaz, Duguit-nek igaza lehet, ha Comte következő megállapítását olvassuk:

„A pozitív korszakban a jog szót ugyanúgy ki kell törölni a valódi politikai nyelvből, ahogyan az ok szót az igazi filozófiai nyelvből... Valódi jogok csak akkor létezhetnek, ha a természetfeletti akaratokból árad ki a rendes hatalom; a pozitív állapotban, amely nem fogadja el a *titre celeste*-et, a jog eszméje menthetetlenül eltűnik.”⁹⁴

Duguit érvelésében ezért válik igen fontos elemmé, hogy a szociológiai módszer Comte előtt jelent meg. Durkheim Montesquieu mellett Rousseau-t is szociológusnak tekinti.⁹⁵ Duguit egészen odáig is elmegy, hogy – az igazságérzet jellegzetességeinek bemutatásánál – pedig az előfutárok közé sorolja Arisztotelészt és Szent Tamást is.

Arnaud a francia jogszociológia születési éveként 1895-öt jelöli meg. Ekkor egy törvény tette lehetővé, hogy a jogi karokon a professzorok azt és olyan módszertant alkalmazva tanítsanak, amit csak jónak látnak. A törvénynek köszönhető az egzegéta iskolától való eltávolodás.⁹⁶ Ekkor „intézményszerű” a szociológia Franciaországban, amiben a központi szerepet Durkheim és az *Année sociologique* köré gyűlő kutatók

lóság a tárgya. Benoît Frydman: *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*. Párizs, Brüsszel: L.G.D.J – Bruylant 2005. 475. skk. A tipológia nyilván az újabb – pontosan az antik hagyományt újraélesztő – jogértelmezés-tanok fényében ma már aligha védhető, és napjaink jogbölcseleje elvan a comte-i történelemfejlődés tanának elfogadása nélkül is.

94. Auguste Comte: *Système de politique positive*, I. Párizs: 1851. 361. Lásd még Frydman: *Le sens des lois*. 443 skk.

95. Vö. Émile Durkheim: *Montesquieu et Rousseau précurseurs de la sociologie*, Párizs: Librairie Marcel Rivière et Cie, 1966.

96. Arnaud: *Critique de la raison juridique*. 67. sk.

alkották.⁹⁷ Magát a „jogszociológia” kifejezést egyébként nem francia, hanem egy olasz szerző, Anzilotti használta először 1892-ben.⁹⁸ Az első ilyen címmel megjelent mű szerzője szintén olasz Carlo Nardi-Greco, aki már 1907-ben – tehát hat évvel Ehrlich előtt – megjelentette a *Sociologia giuridica* munkáját.⁹⁹ Aki végigtekint az *Année sociologique* – meglehetősen eklektikus – tematikáján, láthatja, hogy abban nincsen egyetlen olyan terület sem, amelynek ne lett volna normatív vetülete: a tanulmányok többségét a vallás-, jog-, erkölcs- és kriminál-szociológiai írások teszik ki.¹⁰⁰ Durkheim magát a társadalmat is erkölcsi jelenségeként fogja fel. Bár közismert a figyelmeztetése, miszerint a társadalmi tényeket dolgokként kell kezelni, de ez a „dolog” voltaképpen olyan értelemben „dolog”, mint amilyen értelemben „törvény”, a Montesquieu-nél a dolog természetéből levezetett törvény. A dolgok „szellemére” irányuló kutatás iránti igény megjelenik ebben a módszertanban is:

„a pozitív szociológiának gyakran szemére vetették, írja Durkheim, hogy tényekkel szemben egyfajta empirikus fetisizmust tanúsít, eszményekkel szemben viszont rendszeresen közönnyel viseltetik. Jól láthattuk mennyire igaztalan ez a szemrehányás. Az alapvető társadalmi jelenségek, a vallás, az erkölcs, a jog, a

97. Az egyetemi intézményrendszer (kutatóhálózat) kialakítását a Németországban tapasztalatot gyűjtő fiatalok határozták meg, s persze, az autoriter személyiség Durkheim, akit már diákkorában lenyűgözött a Wilhelm Wundt által irányított egyetemi kutatóintézet Leipzigban. Vö. Terry N. Clark: *The Structure and Functions of a Research Institute: The Année sociologique*, *Archives européennes de sociologie* 9 (1968) 1. 74.

98. Arnaud: *Critique de la raison juridique*. 67., valamint a további pontosításokra lásd *uo.* 9. jp.

99. *Sociologie du droit*, in Arnaud és mások (szerk.): *Dictionnaire Encyclopédique*. 565. skk.

100. Clark: *The Structure and Functions of a Research Institute*. 77.

gazdaság, az esztétika, nem egyebek, mint értékrendszerek, következőképp: eszmények. A szociológia tehát ezekkel az eszményekkel bajlódik.”¹⁰¹

Az erős normatív aspektust jelzi, hogy a szolidaritás fogalma – s ennek bizonyos értelemben vett ellentettje, az anómia is – Durkheimnél teljes egészében morális jelenség, alapja a munkamegosztás, s hogy ő a jogot a mechanikus szolidaritás megismerhető és tanulmányozható szimbolikus formájaként határozza meg. A szolidaritásnak viszont nála legalább két szintje van: pszichológiai, amennyiben az egyén és a közösség tudata között áll fenn, és strukturális-funkcionális, amennyiben az individuum és a csoport között létezik. Az első jellemző az organikus szolidaritásra, ahol – Habermas szavaival élve – a közösségi integráció a hiten alapul, a második pedig a mechanikus szolidaritásra, ahol – megint Habermast idézve – az integráció a kooperáció által megy végbe.¹⁰² A Durkheimet követő államtudomány, főként Duguit, az individualizmus melletti elköteleződés miatt, azonban elutasította a kollektív tudat létezését.

A jogtudomány és a szociológia együttműködése azonban nem volt teljesen sikertörténet. A jogászok és szociológusok sokáig nem voltak képesek kommunikálni egymással, más okok mellett azért, mert nem volt evidens, hogy létezik egy olyan egységes diszciplína, amit „szociológiának” nevezhetnénk. Miként Aron írja, a szociológusok csak abban értenek egyet, hogy a szociológia fogalmát nehéz meghatározni.¹⁰³ Morin egyenesen a „szociológia szociológiájának” a kérdését fesze-

101. Émil Durkheim: Tényítéletek és értékítéletek, inuő: *A társadalmi tények magyarázatához. Válogatott tanulmányok*, vál. és ford. Léderer Pál és Adám Péter Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó 1978. 217.

102. Vö. Solidarité, in Arnaud és mások (szerk.): *Dictionnaire Encyclopédique*. 575.

103. Aron szavait idéz a „Sociologie” szócikk in *Dictionnaire de la sociologie*, Párizs: Encyclopedia Universalis et Albin Michel 1998. 762.

geti. A metasztintű problematizálás azért lényeges, mivel maga a szociológia is – például kritikai jellege miatt – a társadalmi élet része („társadalmi tény”), így a kérdés az, hogy ezt milyen törvényszerűségek figyelembevételével lehet elemezni.¹⁰⁴

A probléma gyökere Arnaud szerint egyfelől abban áll, hogy kevesen látják át egyszerre a két területet, s másfelől pedig az, hogy a természetükénél fogva megfigyelésre hajlamos szociológusok gyakran „felforgatók”, a hagyományosan konzervatív jogászok viszont az igazság foglyai. Ez a szembenállás egészen az egzegéta iskola dogmatizmusával szemben a szociológusokban kialakult ellenérzésig megy vissza. Szerencsére oldotta végül az ellentéteket a francia társadalomtudomány berkein belüli infiltráció, folytatja érvelését Arnaud, s végül a szociológia segítette a jogtudósokat is abban, hogy végre észrevegyék a „valóságot” a jogban.¹⁰⁵ Hogy Durkheim valóban felforgató lett volna, ez azért ugyancsak kérdéses. Az biztos, hogy a századforduló Franciaországában a szocializmus, a *science sociale* és a szociológia nagyon szorosan összefüggő fogalmak voltak. Aron azt állítja, hogy Durkheim számára a szociológia a szocializmus tudományos kiegészítése volt. Egyébként a francia könyvkatalógusokban, 1925-ig a szocializmus és a *science sociale* egy rubrikában voltak, s az *Année sociologique* szinte teljes közreműködői köre bedolgozott a *l'Humanité* folyóiratának is.¹⁰⁶ Duguit-t pedig a szuverenitáskritika és a szakszervezeteknek a társadalmi szolidaritás érvényesítésében általa hangsúlyozott szerepe miatt kifejezetten anarchistának tekintették.¹⁰⁷ A közvetlen politikai elköteleződés azonban éppen annyira nincsen jelen ebben az irányzatban sem, mint ahogyan a politikailag tiszta jogtanban sem. Duguit elmélete ugyanúgy harmadik utas és ugyanúgy kérlelhetetlen hangvé-

104. Edgar Morin: *Sociologie*, Párizs: Fayard 1984. 27. sk.

105. Arnaud: *Critique de la raison juridique*. 6. sk.

106. A korban létezett nem baloldali szociológia is, pl. Paul Naudet: *Premiers principes de sociologie catholique*, Párizs: Bloud et Barral 1899.

107. Duguit: *Traité de droit constitutionnel*. I. 653–654.

telő, mint Kelsené. A harmadik út számára is a természetjog és a voluntarizmus elutasítását jelenti, ám míg a *Tiszta jogtan* a normativizmus útjára lépett, addig Duguit a társadalmi tényeket tekintette a pozitivista szellemben fogant tudomány egyedüli tárgyának.

Duguit metafizika-ellenessége a neokantiánus filozófia mellett elköteleződő gondolkodókénál sokkal átfogóbb, kifejezetten dekonstruktív, főként, ami a Carré de Malberg-féle, részben „németes”, részben a francia forradalomra alapozó államelméletet illeti:

„Mindenekelőtt egy teljesen negatív munkát kívánunk végezni, bemutatva, hogy az állam egyáltalán nem kollektív személyiség, amelyet szuverén hatalommal ruháztak fel, ahogyan a fantázia-dús közjogászok elképzelik; hogy a jog egyáltalán nem egy építmény, amelynek minden elemét az individuális jogoknak és az állam mindenhatóságának nem túl stabil alapzatán a jogászok építik fel; hogy mindezen fikciók és absztrakciók összessége a valóság egyszerű megfigyelése révén összeomlik.”¹⁰⁸

Duguit – nem mindig következetesen – elutasítja a cél és érték viszonyának feltárhatóságát, mivel a célt *a priori* fogalomnak tekinti. Valamiféle szenzualizmus formájában a felsőbbrendű akarat tana ellen is ádáz antimetafizikai harcot hirdetett meg. Duguit számos más jogszociológushoz hasonlóan úgy vélte, hogy a jog spontán módon alakul ki. De szerinte e spontaneitás forrása nem a közösség kollektív tudata, hanem az egyéné. Erős módszertani individualizmus pozíciójába helyezkedve azt vallotta, hogy az egyedüli, tudományos vizsgálat alá vethető empirikus tény az egyén öntudata, s ez az, ami releváns a társadalmi világ számára. Az embert alapvetően az életösztön vezeti arra, hogy a többiekhez csatlakozva elhárítson magától mindent, ami szenvedéssel fenyeget. A közösséget ez a közös

108. Léon Duguit: *L'État: le droit objectif et la loi positive*, (1901) Párizs: Dalloz 2003. 1.

érzetvilág alakítja ki, s ez vezet el a szolidaritáshoz, aminek a kifejeződése az objektív jog.

A társadalmi tények abban különböznek a (fizikai) természetes tényektől, hogy akarati aktusok.¹⁰⁹ Az akarat alapja az öntudat, de szabad akarat valójában nincsen, mert az metafizika világába tartozik. A cselekvés valamilyen célra irányul, amit az öntudat határoz meg. A társadalmi szabálynak is ez a célja: irányítja és korlátozza az ember öntudatos és akaratos cselekvését, s bizonyos cselekvéseket megtilt.¹¹⁰ A társadalmi szabályok mint tények kötelezőek. Vagyis a valóságban nem változtatják meg azt, ahogyan az emberek élnek, s nem alakítanak ki hierarchikus viszonyt sem az akaratok között. A társadalom egy organizmus, és ennek összetevői az egyének; a társadalmi törvény a társadalom formálódását és fejlődését irányítja, koordinálja.¹¹¹ A jog és az erkölcs ezért nem norma, hanem ténytudomány, a kutatás módszertana a megfigyelés. A megfigyelendő törvényszerűségek – vagyis a társadalmi tények – nem biológiai törvények, de a kutatásnak ki kell zárnia az egyéni szabadság fogalmát, mert annak létezését egyedül az erkölcsfilozófia (metafizika) feltételezi. (Az egyén autonómiája mint társadalmi tény olyan értelemben létezik, hogy az egyén azt gondolja, ő maga szabad.) A társadalmi törvény teleologikus, s funkciója pedig az, hogy a társadalmi csoportot alkotó egyének koordinációját szabályozza. A felvilágosodás gondolkodóival szemben Duguit azt vallja, hogy az egyén konkrét szükségletekkel rendelkező egyedi lény, vagyis élete elválaszthatatlan attól a társadalmi környezettől, amelyben létezik. A társadalmi törvény tárgya az, hogy kötelezze az egyént a másik autonómiájának tiszteletben tartására. Ehhez kell a szolidaritás.¹¹²

109. Duguit: *Traité de droit constitutionnel*. I. 68.

110. Uo. 70.

111. Uo. 78.

112. Uo. 84.

Duguit háromféle társadalmi norma között tesz különbséget. Ezek: a gazdasági, az erkölcsi és a jogi normák. A gazdasági normákhoz mindig akarati aktusok kötődnek, s az olyan gazdasági jelenségek is, mint például a többlettermelés, a munkabérek megemlése is mind-mind emberi akaratra vezethetőek vissza. A szabályok révén érvényesül a társadalmi szolidaritás, s ezek kötelező ereje is innen fakad. Az azokhoz kötődő szankciók viszont csak a vagyont érintik. Az erkölcsi szabályok nem *a priori* jellegűek, és nem is a jónak vagy a rossznak a kritériumai. Ezek kutatása kívül esik a pozitivisták tudományon. Ezek a szabályok inkább azt írják elő, hogy az egyéneknek miként kell a társadalmi gyakorlattal konform módon élni (ruházkodni, lakni, viselkedni stb.) Az ilyen szabályoknak is van szankciójuk, amelyek rendszerint spontán jellegűek. Ezen szabályoknak az ember pusztán annál a ténynél fogva van alávetve, hogy társadalomban élő ember:

„Sem a gazdasági, sem pedig az erkölcsi szabályok mint ilyenek nem azonosíthatók a jogi normákkal: minden jogi norma vagy erkölcsi, vagy gazdasági, de nem minden erkölcsi vagy gazdasági norma szükségszerűen jogi.”¹¹³

Az erőszak sohasem alkot szabályokat, így jogot sem. Az egyének mégis tudják, hogy bizonyos társadalmi szabályok tiszteletben tartásához érdek fűződik, ezért az erőszak legitim lehet. Minél inkább elválik egymástól a társadalomfejlődés következtében a kormányzók és a kormányzottak csoportja, annál inkább elfogadott az uralmon lévők erőszakhasználata. A kormányzottak is annál inkább engedelmeskednek, minél hatékonyabban alkalmazzák ezt az erőszakot.¹¹⁴ A jogi norma akkor alakul ki, amikor a gazdasági vagy erkölcsi szabályok átjárják a társadalom tagjainak öntudatát, és amikor a társadalom vagy ezen belül az a csoport, amelyik a leginkább erős,

113. Uo. 92.

114. Uo. 89–93.

képes fellépni a társadalmi szabály megsértőivel szemben. A jogi norma tehát azért kötelező, mert társadalmi norma. A jogi norma sajátossága az, hogy a tömegeknek szól, és hogy közvetlenül érinti a társadalmiság és az igazságosság kérdéseit. Ezért közvetlenül vagy közvetve társadalmi kényszernek kell garantálnia az érvényesülését.¹¹⁵

Mint említettük, Duguit az antimetafizikai harc jegyében elutasítja a természetjog létezését. Mint írja, „nem teszek kísérletet egy abszolút jog alapjainak meghatározására, hanem a társadalmi jog (*droit sociale*) szabályának pozitív alapját keresem”.¹¹⁶ A társadalmiság (*socialité*) és igazságosság-érzet (*sentiment de la justice*) meghatározása során így Duguit megint empirikus alapokon próbál érvelni. Ezek az érzetek szerintek akkor alakulnak ki, amikor az emberek tömegéből álló társadalmi csoport (törzs, család, város, nemzet) úgy érzi, hogy a társadalmi integrációt fenntartó szolidaritás sérül, ha meghatározott gazdasági vagy erkölcsi szabályok nem követését a jog nem szankcionálja. A természetjogászok tévedése, hogy azt gondolják: minden esetben, társadalomban, időben és helyzetben kialakul az az érzet, hogy bizonyos társadalmi szabálynak jogi szabállyá kell válnia. És abban is tévednek, hogy létezik olyan általános kritérium, amely megmondja, hogy bizonyos szabályokból mikor legyen jog. Az viszont empirikus módszerrel megállapítható, hogy mikor érzi azt a tömeg, hogy a meghatározott szabály megsértését szankcionálni kell. A jogász feladata pontosan ebben áll, hogy ezt a megfigyelést elvégezze. A nehézség abból adódik, hogy az igazságosságérzet az egyéneknél sokszor intuíció szintjén marad, és viszonylag homályos. Sokszor pedig pontosan azok értelmezik helytelenül ennek a fennállását, aki azt állítják, hogy ők fejezik ki a közvéleményt. De a közvélemény tévedhet. A munkában a tömegpszichológia eszköztára lehet a jogtudós segítségére. Ez a munka azonban nem a metafizika területére tartozó ideális

115. Uo. 142.

116. Uo. 123. skk.

jog keresését jelenti. A pozitivista jogtudós egyetlen feladata, hogy megjelölje: a társadalmi normáról mely pillanattól kezdve kezdi el azt gondolni a társadalom, hogy annak kikényszerítése a szolidaritás védelme érdekében a jog által kell, hogy történjen. Vagyis a norma nem azért érvényes, mert valamilyen felsőbbrendű akaratnak vagy ideális jognak megfelel.¹¹⁷

Léteznek olyan általános formák is, amelyeken keresztül a szolidaritásérzet, a szankció iránti igény megfigyelhető. Így az igazságosság fogalma időről-időre, társadalomról-társadalomra változik ugyan, de maga az igazságos és az igazságtalan érzete megvan mindenkinben és mindenhol. Az ember természetéből adódóan szolidáris a többi emberrel, hiszen társadalmi lény. A társadalmiság érzete azért alakul ki, mert az egyénnek halálfélelme van, és a társadalmi csoportban inkább biztonságban érzi magát, mint egyedül. Közben megmarad az öntudata is, vagyis azt gondolja, hogy autonóm lény. Van önérzete és egoista is, s valójában az igazságosságérzete ennek az egoizmusnak a kiterjesztése. Az igazságosság tehát nem egy racionális, abszolút, emberi értelemmel felfedezhető ideál, hanem egy érzet. A cselekvést pedig mindig a társadalmi természetérzete és az egyéni autonómiájának érzete alakítja ki. Az igazságtalanság, vagyis a társadalmi szolidaritás megsértése a legalapvetőbb társadalmi együttélést megalapozó norma ellen irányul, ezért a megsértőjével az egész társadalom szembeszáll.¹¹⁸

S mégha az igazságosság fogalma változik is, többé-kevésbé homályosan vagy világosan, de mindegyik igazságosságérzet legmélyén megtalálunk bizonyos állandó formákat. Minden ember igényli azt, hogy szükségleteinek megfelelő bérezése legyen, vagy másként szólva, hogy meglegyen a nyújtott szolgáltatásnak, szerepének megfelelő helye a társadalomban. Ez az osztó igazságosság (*justice distributive*) iránti igény az emberi természetből fakad. Az igazságosságérzet másik alapvető formája minden emberi tudatban a cseréhez fűződik. Az ér-

117. Uo. 116. skk.

118. Uo. 119. skk.

ték és a szolgáltatás egyenlő kell, hogy legyen. A kiegyenlítő igazságosság (*justice commutative*) a munkamegosztás révén megvalósuló társadalmi szolidaritás par excellence megjelenési formája, amelynek megsértése a társadalomban előbb vagy utóbb a jogi normaként való elismerést s ehhez kötődő szankciót implicál.¹¹⁹ Az igazságosságot Arisztotelész és Szent Tamás alapján határozza meg Duguit, akiket olyan szociológusoknak tart, akik nem deduktív érveléssel, hanem egyedi tények megfigyelésével jutottak el az igazságosság e formáinak meghatározásához.¹²⁰

Minden társadalomban van tehát az igazságosságnak egy általános fogalma, s változó tartalommal ugyan, de mindig lesznek szabályok, amelyekre a társadalom tagjai úgy tekintenek, hogy amennyiben azokat valaki megsérti, az igazságosságérzet ellen vét. Az igazságosságérzet változhat ugyan, de az osztó és a csere-igazságosság megsértése minden esetben az igazságtalanság érzésével párosul. Az igazságosság ellen igen sokszor vétének. De minél inkább ezt teszik, annál inkább energikusabb lesz az erre vonatkozó reakció, s még annak az igazságosság érzetét is erősíti, aki a szabályt nem tartotta tiszteletben. Annak ellenére, hogy létezési módjaiban és alkalmazásában az igazságosságérzet változik, annak alapján az arányosság és az egyenlőség általános és állandó elem. Olyannyira, hogy ez már a társadalmi intelligencia egyik formájává vált. Bár néhány ember számára homályosak, tökéletlenek, míg másoknál ezek tisztán és pontosan felismerhetők, minden időben és minden emberben jelen vannak. Az ember lény egyszerre társadalmi és individuális, így két érzet, a társadalmiság és az igazságosság érzete uralja és irányítja. Az erkölcsi és a gazdasági szabályok akkor lesznek jogi normává, amikor az összes vagy majdnem az összes egyén, akiből a társadalmi csoport áll, úgy érzi, hogy a szabály be nem tartása a társadalmi szolidaritás súlyosan sérülne, ha azt erőszakkal

119. Uo. 121. skk.

120. Uo. 127.

nem kényszerítenék ki. Így tehát a jogi norma kialakulásához kötődő szankció kettős értelemben is kapcsolódik az igazságosságérzethez. Magának a szankciónak is meg kell felelni az igazságosság említett formáinak, valamint az egyéneknek érezniük kell, hogy amennyiben elmarad a szankció, akkor az igazságosság formái sérülnek.

Az egyik ellenvetés szerint egy tény nem lehet a kötelezettség alapja. Duguit először is elutasítja, hogy ezt az ellenvetést természetfeletti kötelezettség-rendszert vagy alanyi jogot feltételező elmélet fogalmazza meg. Egy ilyen elmélet a metafizika világába tartozik. A kötelezettség antimetafizikai állásból nézve nem más, mint „egy meghatározott személyi akarat-terjedelmének csökkentése; ez az akarat hatalom-nélkülisége vagy nem-akarhatóság.”¹²¹ Az akarat azonban létezik, ennek megnyilvánulásai érzékelhetők. De egy szabály nem módosíthatja az egyéni akarat lényegét, s ez az akarat nem ruházhat fel olyan hatalommal, amelyre természete szerint nem terjed ki. Vagyis alanyi joggal nem ruházható fel senki. Az alanyi jog-elméletek mindegyike hibázik, amikor kiterjeszti az emberi akarat fogalmát a metafizika irányába. Egy másik, alanyi joggal bíró személy irányába fennálló kötelezettség létezése egy felsőbb rendű hatalmat feltételez, ám ez a feltételezés a metafizika világába tartozik. A „jogi norma kötelező” állítás azt jelenti, hogy

„adott pillanatban, a vizsgált csoportban, ha ezt a normát megsértik, a közfelfogás (*la masse des esprits*) megérti, hogy – követve az adott pillanatban kialakult igazságérzetet – igazságos és szükséges, hogy a társadalomban létező kölcsönös függőség (*interdépendence sociale*) fenntartása végett a csoportban meglévő tudatos erőszak közbeavatkozik, hogy megtorolja annak megsértését.”¹²²

121. Uo. 143.

122. Uo. 144.

A norma egy tény, s mint tény, „kötelező”,¹²³ vagyis egy jogi norma érvényességének nem alkotmányos, hanem pszichológiai kritériumai vannak. Alakja egy hipotetikus ítélet: ha A ezt és ezt teszi, vagy ezt és ezt nem teszi, akkor *n* dolog történik, ahol is az *n* a társadalmi rend hiányát (*désordre*) mint következmény bekövetkezését jelenti.¹²⁴ A norma azért kötelező, mert e nélkül nem élhetne az ember. A képviseleti kormányzat esetében mindez azt jelenti, hogy a kormányzók akarata is tényleges, s hogy maguk a kormányzók is ugyanolyan akarattal rendelkező emberek, mint a kormányzottak. A feladatuk valójában mindössze annyi, hogy az állam funkcióit megvalósítsák, s tevékenységük mindössze addig a pontig legitim, amíg a közfunkció megvalósítása a társadalmi érdeket szolgálja. Minden esetben államról beszélünk, amikor a politikai differenciálódás nyomán kialakul a kormányzók és kormányzottak közötti megkülönböztetés és ennek következtében a politikai hatalom. Mindenhol, ahol van kényszerítő hatalom, létezik az állam. A modern terminológia ugyan az „állam” kifejezést fenntartja olyan társadalmi alakulatokra, ahol a politikai differenciálódás bizonyos fokban már fejlett és összetett, de ez nem mond ellent a fenti tételnek: a horda főnöke és az államfő között csak fokozati, de nem lényegi különbség van. Ennek a hatalomnak ellenállhatatlannak kell lennie; két versengő, egyenlően erős hatalom létezése anarchiát jelent. Duguit ezzel a meghatározással Jheringhez csatlakozik, aki ugyancsak azt gondolta, hogy az állam legfőbb hatalom (*Macht*).¹²⁵

Az állam egy fikció; nem egy jogi személy, s nincsen akarat sem. A szuverenitás ezért nem a jogi személy alanya jog, hiszen amellet, hogy az alanyi jog a metafizika világába tartozik, további megoldhatatlan kérdéseket vet fel: honnan ered az a jog, hogy a kormányzók ellenállhatatlan erőszakot gyakoroljanak? S ha van ilyen jog, akkor annak mi a forrása? Ha a

123. Duguit: *L'État: le droit objectif et la loi positive*. 155, 156.

124. Duguit: *Traité de droit constitutionnel*. I. 82.

125. Uo. 536. skk.

szuverenitás egy jogosultság, amely például alanyi joggal ruházza fel az egyéneket, akkor azt is meg kell mondani, hogy ez az alanyi jog honnan ered. Az emberi akaratok egyenlők, vagyis – a pozitív tudomány területén maradva – nem beszélhetünk magasabb rendű akaratról. Ha a szuverenitás a feltétel kitűzése nélküli parancsok kiadásának jogát jelenti, úgy hogyan is lehetne ezt korlátozni? Az államhatalom korlátozottságát csak úgy lehet bizonyítani, ha magát a szuverenitásfogalmat iktatjuk ki az államtudományból.¹²⁶ A szuverenitás eredetére vonatkozóan két markáns és rossz elmélet fogalmazódott meg. Történetileg a legelsőt a teokratikus doktrínák jelentették, amelynek történetét Duguit a 19. század végi egyházi tanításig mutat be,¹²⁷ s ezt követték a sok tekintetben az előbbi örökösének tekinthető hobbesi, rousseau-i, locke-i demokratikus felfogások.¹²⁸ A jogász számára azért tűnik nehéznek vitába szállni a szuverenitás dogmájával, mivel a forradalomban született alkotmányos szövegek sok esetben szó szerint átvették a demokratikus doktrínák egy-egy gondolatát. A Deklaráció 3. szakaszának („A teljes szuverenitás elve lényegét tekintve a nemzetben lakozik”) vagy az 1791-es alkotmány III. cím 1. cikkelyének („A szuverenitás egy, oszthatatlan, elidegeníthetetlen és eltörölhetetlen”) létezését nehéz lenne tagadni. Az ezt igazoló tanok viszont igenis kritizálhatóak. A demokratikus doktrínák, így Hobbes és Rousseau azt tanították, hogy a szuverén – a kollektív személy vagy a „közös én” (*moi commun*) egy olyan személyiség, amelynek az egyéni akaratoktól elkülönülő saját akarata van. Maga a társadalmi szerződés tana azonban hibás hipotézis, hiszen szerződés csak társadalomban létezik, vagyis a társadalmat magát szerződés nem alapozhatja meg. Az sem bizonyítható, hogy a versengő egyéni akaratokból valójában egy elkülönülő, önálló akarat születne. S ha lenne is ilyen, egyáltalán nem biztos, hogy az legitim, hiszen akár

126. Uo. 541–557.

127. Uo. 557–570.

128. Uo. 570–581.

kollektív ez az akarat, akár egyéni, ettől még emberi akarat marad, s mint ilyen, igazolhatatlan, hogy más emberi akarat fölött állhat.¹²⁹ Duguit-nél az állam mindössze egy a társadalmi csoportok közül. Feladata a koordináció, s valójában nem is több közszolgálatok (*service public*) összességénél. Mivel a jog az állam akaratától független, objektíven létező társadalmi tény, ebből az következik, hogy az állam a jog alá rendelt.

4. Kelsen jogértelmezéstana

Bevezetés

Hans Kelsen a „20. század jogásza”¹³⁰, akinek életművéről a jogfilozófiai doktrínák képzeletbeli nagykönyvének legelső lapjain kell, hogy szó legyen.¹³¹

Árnyaltabb értékelések szerint az osztrák jogtudóst a „legilulusztrisabb”, de egyúttal a korszak legszélesebb körben vitatott alakjának kell tekinteni.¹³² Az ezekhez hasonló dicsérő szavak viszont kivételszámba mennek, ha a jogértelmezéstana értékeléséről van szó. Napjaink legjobb Kelsen-komentátora, Stanley Paulson széles körű negatív konszenzusról,¹³³ Chaïm

129. Uo. 581. skk.

130. Ota Weinberger: Introduction, in Ota Weinberger (szerk.): Hans Kelsen: *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht – Boston: D. Reidel, 1973, ix.

131. Michel Villey: *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Párizs: Dalloz, 1957, 337.

132. Roger Cotterell: *The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy*, London: Butterworths, 1989. 84.

133. Stanley Paulson: Kelsen on Legal Interpretation, *Legal Studies*, 10 (1990). 136–152. Paulson tanulmányának 2–7. jegyzetpontjai tartalmazzák a mérvadónak tekintett források bibliográfiai adatait. Ezen kívül lásd még Heinz Meier: Die Interpretationstheorie der Reinen Rechtslehre, in Robert Walter (szerk.): *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre*, Wien, 1992, Manz, 61–70. és Rechtstheorie und Rechtsp-

Perelman pedig egyenesen „skandalumról” beszél ezzel összefüggésben.¹³⁴

Az értékítélet megfogalmazását ugyanakkor igencsak nehezé teszi, hogy mi is pontosan az értékelés alapja. A *Tiszta jogtan* jogértelmezéstana nyilvánvalóan nem fér bele a kortárs doktrínák egyik csoportjába sem.¹³⁵ És nem illik a leíró elméletek sorába, amelyek bemutatják, hogy a jogászok milyen ér-

raxis, in Clemens Jabloner – Friedrich Stadler (szerk.): *Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre. Beziehungen zwischen Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule*, Wien – New York: Springer 2001. 319–331. Mindkét munka nagyon fontos adalék Kelsen és Merkl jogértelmezésre és jogalkalmazásra vonatkozó nézeteinek összevetéséhez. Utóbbi hozzájárulásáról szinte teljesen megfeledezett a jogelméleti eszmetörténet. Lásd *Zum Interpretationsproblem. Grünhutsche Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart* 42 (1916). 535–556. Újabb két fontos munka Kelsen és a jogi hermeneutika viszonyáról: Hans K. Lindahl: *Dialectic and Revolution: Confronting Kelsen and Gadamer on Legal Interpretation*, *Cardozo Law Review* 24 (2003). 769–798. és Francesco Riccobono: Emilio Betti e la „malattia kelseniana”, in *L’ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, Milano: Dott. A Giuffrè 1994. 159–183. A francia irodalomból pedig lásd például Michel Troper: Kelsen et le contrôle de constitutionnalité, in Carlos-Miguel Herrera (szerk.): *Le droit, le politique. Autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Párizs: L’Harmattan 1995. 157. sk., és a troperi nézeteket normatív pozitivistá oldalról vitató Paul Amselek: *Le rôle de la volonté dans l’édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen*, in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Brüsszel: Bruylant 2002. 33–66.

134. Chaïm Perelman: *La Théorie Pure du droit et l’Argumentation*, in *Law, State and International Legal Order. Essays in Honour of of Hans Kelsen*, Knoxville: 1964. 221.

135. Vö. a *Tiszta jogtan* Paulson által hivatkozott passzusai: Paulson: Kelsen on Legal Interpretation. 138., 17–18. jp. Természetesen figyelemmel kell lenni arra is, hogy a kelsen és az angolszász normativizmus egymástól lényegesen különbözik. Utóbbiakról lásd Bódig Mátyás: *Jogelmélet és gyakorlati filozófia. Jogelméleti módszertani vizsgálódások*, Miskolc: Bíbor 2004, és Györfi Tamás: *Normatív pozitívizmus*, in Szabó Miklós (szerk.): *Natura iuris. Természetjogtan & jogpozitívizmus & magyar jogelmélet*, Miskolc: Bíbor 2002. 175–196.

telmezési technikákat alkalmaznak, de nem határozzák meg, hogy ezek közül melyeket kellene alkalmazni. És nem illik az előíró jellegű, „helyes választ” kereső tanok közé sem. Kelsen az előbbieket szociológiai, az utóbbiakat politikai jellegűnek tartaná: a szociológus leírhatja – állítaná a *Tiszta jogtan* szerzője –, hogy a jogászok általában ezt vagy azt a technikát alkalmazták, de a jogtudós csak annyit állapíthat meg, hogy azok jogilag egyenrangú eredményre vezetnek. Előíró-normatív jellege miatt a „helyes válasz” keresése pedig *ab ovo* összeegyeztethetetlen a *Tiszta jogtan* módszertanával.¹³⁶ Kelsen felfogása szerint e megközelítés „jogpolitikai”:

„Az értelmezés szokásos elmélete azt kívánja elhíttetni, hogy a törvény konkrét esetre alkalmazva mindig csak egyetlen helyes döntést eredményezhet, és e döntés pozitív jogi helyessége magán a törvényen nyugszik.”¹³⁷

Mindezzel együtt úgy tűnik, hogy a kritikai kommentárok – melyekhez Paulson idézett írása is sorolható – rendszerint következetesen és kellő alappal bírálják kelsenit jogértelmezés-tant. Ám az értékítélet alapja rendszerint egy, a kontinentális jogfilozófiában „jogdogmatikainak” nevezett értelmezési forma, holott a kelsenit életmű összetettsége miatt több perspektívára is szükség lenne.

136. Paulson: Kelsen on Legal Interpretation. 136–138. Szabó Miklós ugyanakkor arra hívja fel a figyelmünket, hogy az angolszász gondolkodók „egyetlen helyes válasz” tézise valójában az „egyetlen hely jogértelmezés(tan)” problémáját próbálja megoldani. Az „egyetlen helyes választól” mint jogdogmatikai problémáról lásd Szabó Miklós: *Ars juris*, Miskolc: Bíbor 2005. 52. sk.

137. Hans Kelsen: *Tiszta jogtan*, ford. Bibó István, Budapest: ELTE Állam- és Jogtudományi Kar, Bibó István Szakkollégium 1988. 52–55., kül. 53.

4.1. Szinkronikus elemzés (rekonstrukció néhány kérdés alapján)

Kelsen nézeteinek szinkronikus bemutatás¹³⁸ a következő kérdésekre adott válaszok alapján végezhető el: *a)* Ki végzi a jogértelmezést? *b)* Mi a jogértelmezés tárgya? *c)* Mi a jogértelmezés célja? *d)* Milyen módszerrel végzik a jogértelmezést?

138. Ehhez előbb a kelsen-i értelmezéstan diakronikus rekonstrukcióját kellene elkészítenünk. E helyett lásd Stanley Paulson már idézett tanulmányai mellett Letizia Gionfarmaggio szerkesztésében a *Hans Kelsen's Legal Theory a Diachronic Point of View* című válogatást (Torino: G. Giappichelli 1990), valamint a magyar szakirodalomból pl. Varga Csaba: *A jog mint folyamat*. Budapest: Szent István Társulat 2002, 279–304. Megjegyezzük, hogy a diakronikus rekonstrukcióból kiinduló szinkronikus elemzés kidolgozása legalább három ok miatt nem könnyű feladat. Az egyik ok az életmű heterogenitása. A kelsen-i oeuvre-ben a hyletikus normakoncepciónak az expresszívelfogásra való lecserélése például olyan léptékű váltás, mintha valaki egyik művében Leibniz, másikban pedig Hobbes jogfilozófiáját tekintené elméleti keretnek. Ám ez csak következménye annak, hogy az életmű különböző szakaszaiban változott a tudománykonceptió is. A normafelfogás mellett a külső és belső nézőpontok közötti sajátos, zavaró billegés is megfigyelhető. Ez pedig Kelsennek a logikai pozitivizmus empirizmusa és a neokantianizmus idealizmusa közötti hezitálásából ered. Erről lásd még a tanulmány hermeneutika és a tudomány szembeállítását elemző részét. A kétfajta pozitivizmus közötti összevetésére egyébként lásd Karácsony András: „Pozitivista” volt-e a kelsen-i jogpozitivizmus? in Cs. Kiss Lajos (szerk.): *Kelsen jogfilozófiájáról I. Világosság* 66 (2005). 39–46. Mindezek a tényezők befolyásolják a jogértelmezés-probléma megoldásának kimenetelét, hiszen ebből a szemszögből nézve sem lehet mindegy, hogy a normát miként határozzuk meg, s hogy a jogtudós az értelmezőhöz képest milyen pozíciót foglal el. A másik ok a „hanyagosság”. Kelsen jogtudottan sok kulcsfontosságú fogalmat (jogalkalmazás, jogalkotás, jogi döntés, jogértelmezés) szinonimának tekint, és következetlenül használ. A harmadik ok, ami az előbbiből következik, az, hogy Kelsen nem ügyelt a *Sinn* és *Bedeutung* kifejezésekben rejlő különbségekre; még akkor sem, amikor a saját műveiből készített fordításokat ellenőrizte. Így válhatott az angol és francia kiadásokban már minden jelentés (*meaning* és a *signification*) megállapítás értelmezés (*interprétation* és *interpretation*).

a) Ami az első kérdést illeti, úgy tűnik, hogy a jogi gondolkodás fejlődésének – Comte stádiumelméletéhez hasonló – leírása szerint bárki végezhet jogértelmezést.

Valaha mindenki normatív jelentéssel ruházta fel az őt körülvevő természeti-társadalmi világot, sőt az egész univerzumot. Ezt az antropomorfizáló-animista babonát végérvényesen a modern természettudomány, és később az attól emancipálódó jogtudomány oszlatta el azzal, hogy az előbbi a világot a kauzalitás, utóbbi a normativitás tartományának tekintette. A *Tiszta jogtan* jogtudósa ennek megfelelően vállalkozik az okozatiság analógiájára bevezetett beszámítás törvényszerűségeinek elemzésére. A tudományos és jogi világlátás közötti alapvető különbség abban rejlik, hogy míg a kauzalitás láncolatának nincsen végpontja (mert Isten mint „első mozgató” nem létezik), addig a beszámítási láncolatnak van végpontja (mert az alapnormát mint transzcendentál-logikai fogalmat feltételezni kell).¹³⁹ A természettudományi értelmezés szerint, továbbá, az okozatiság törvényeinek alávetett cselekvő-értelmező szükségszerűen „benne van” a világ kauzalitás-láncolatában; a normatív értelmezés viszont mindössze „kötelező”, így mindkét megfigyelő (a cselekvő-értelmező és a megfigyelő-értelmező), megteheti, hogy más (például esztétikai vagy politikai) értelmezési keretet válasszon.

A *Tiszta jogtan* – az előbbinél szűkebb értelemben – jogtudói és autentikus értelmezői csoportok között tesz különbséget. A jogtudományi értelmezés eredménye mindig a pozitív jogra vonatkozó igaz/hamis értékkel rendelkező általános állítás. Az autentikus értelmezés nyomán viszont érvényes/érvényte-

139. Ma már különösnek tűnik, de Kelsen korára mindenképpen jellemző volt, hogy a tudományosság egyik legfontosabb kritériumát az a negatív posztulátum alkotja, hogy Isten nem létezik. A kauzalitás és beszámítás összevetésére lásd Hans Kelsen: *Reine Rechtslehre*, Wien: Manz 1960. 79–86., 93–95. Az isteni észről, mint a természetjog forrásáról lásd a *Reine Rechtslehre. Die Naturrechtslehre* című függelékét, különösen 416.

len egyedi normák születnek. Az autentikus kifejezésnek tehát Kelsen új jelentést tulajdonít: míg a korábbi jogtudományi irodalomban¹⁴⁰ autentikusnak nevezték azt az értelmezőt, aki az értelmezés tárgyát, a normát megalkotta (tehát a jogalkotót¹⁴¹), addig az osztrák tudós elméletében az válik autentikus értelmezővé, akinek az értelmezését a jogrendszer „érvényességgel” ruházza fel. Egy további differencia Kelsen szerint az, hogy míg a nem-autentikus értelmezők értelmük segítségével felfedezik a normajelentést, addig az autentikus jogalkalmazók a jelentést alapvetően egy akarati aktus segítségével megállapítják.¹⁴²

b) Ahogyan igaz, hogy bárki végezhet jogértelmezést, igaz az is, hogy bármi jogi-normatív értelmezés tárgyává tehető.

A *Tiszta jogtan* levonta az emberi gondolkodás és tudományos megismerés fejlődéséből adódó következtéseket, amennyiben a megismerés tárgyát a normára korlátozva önmagát tisztán normatív tudományként határozta meg. A korábbi fejlődési szakaszokban ugyanis a tudománytól még nem érintett teleologikus és normatív emberi gondolkodás a természetnek akaratot tulajdonított és bizonyos, a modern tudomány szem-

140. Dr. Bozóky Alajos: *A római jog pandektáinak tankönyve*, II. Budapest: Franklin Társulat 1874. 21., ahol arról olvasunk, hogy a hiteles (autentikus) magyarázat esetében a törvényhozó törvényben határozza meg egy korábbi jogszabály homályos értelmét. Ezt egyébként Bozóky nem is tekinti „sajátlagos értelemben” vett értelmezésnek, pontosan azért, mivel új jogszabály megalkotásáról van szó.

141. De ennek az autentikus értelmezőnek, vagyis a törvényhozónak olyan titokzatos a személyisége, hogy akarata sem tárható fel. Vö. Hans Kelsen: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1911. 575.

142. Az autentikus – nem autentikus formák szembeállítására lásd Kelsen: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. 45., 351.; Hans Kelsen: *Society and Nature. A Sociological Inquiry*, Chicago: U.C.P. 1943. 656. és uő: *Reine Rechtslehre und Egoologische Theorie*, *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 5 (1953). 449–482., 475 sk.; az akarati és ismereti aktus szembeállítására pedig lásd Hans Kelsen: *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien: Manz 1979. 132–134.

szögeből nézve okozati kapcsolatként leírható jelenségeket normatív jelentéssel bíró eseményként fogta fel: így a villámcsapást egykor például szankcióként értelmezték. Az a gondolat, hogy a természet társadalmilag értelmezve egy normatív rend, ahol meghatározott emberi magatartás következménye egy meghatározott szankció, a vallásos hitre jellemző.¹⁴³ A természettudományok fejlődése fokozatosan háttérbe szorítja e felfogást, amelynek elemeit azonban a természetjogtanok – állítja Kelsen – ma is őrzik.¹⁴⁴ Ennek ellenére a tudományos leírásnak nincsen erkölcsi elsőbbsége semmiféle más értelmezéssel szemben. Következésképp nem igaz az, hogy Kelsen „előírja a leírást”, ahogyan azt kritikusai állítják.¹⁴⁵

A normatív értelmezés tárgya a norma (legyen-tétel), amelynek specifikus (ideális) létezése az érvényesség.¹⁴⁶ Mivel a legyen kötelezettséget jelent, ezért az „érvényes norma” kifejezés annyit tesz, hogy a norma kötelező, vagyis az egyénnek a norma által meghatározott módon kell viselkednie. A jogi norma a jogrendszer jelentésű, többé-kevésbé hatékony kényszerrend, a normarend része. Ez pedig „általános és egyedi normák rendszere, amelyek egymáshoz kapcsolódnak annak az elvnek megfelelően, hogy a jog szabályozza saját alkotását”.¹⁴⁷

143. Kelsen: *Reine Rechtslehre*. 86–88.

144. Például Hans Kelsen: A „Dynamic” Theory of Natural Law, *Louisiana Law Review* 26 (1956). 597–620.

145. E kritikát klasszikus formájában Norberto Bobbio fogalmazta meg. Lásd Norberto Bobbio: Être et devoir être dans la science du droit. 200. sk. Bobbio értelmezését elutasítja Troper. Utóbbi szerint az empirikus tudomány az egyedüli tudomány, így annak metaelméleti szinten történő kiválasztása nem előírás, hanem indikáció (Michel Troper: *La philosophie du droit*, Párizs: P.U.F. 2003. 33.). Kelsen maga a következőket írja (Kelsen: *Reine Rechtslehre*. 84.): „Az értékmentes leírásnak... nincsen jog előtti értéke (meta-rechtlicher Wert).”

146. Kelsen: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. 7–8.; Kelsen: *Allgemeine Theorie der Normen*. 22–23.

147. Hans Kelsen: *General Theory of Law and State*, ford. Anders Wedberg, Cambridge, Mass.: C.U.P. 1945. reprint: Lawbook Exchange, 1999. 132.

A norma olyan értelmezési séma (*Deutungsschema*)¹⁴⁸, amely a térben és időben lejátszódó megfigyelhető eseményeknek, tényeknek és cselekvéseknek jelentést tulajdonít. Minden norma – amint az a „*keine Imperative ohne Imperator*”¹⁴⁹ tézisében is világosan kifejeződik – legalább két ember létezését feltételezi: egyfelől a normatételező autoritását, másfelől pedig az előbbi előírásának engedelmeskedő norma-címzettét. A norma alapja egy értékítélet, az érték alapja pedig az önkényes (ész által nem szükségszerűen korlátozott és a logikai törvényeknek kontingens jelleggel „engedelmeskedő”) akarat. Maga az érték egy akarati aktus jelentése, és nem azonos a normatételező akarati aktusával.¹⁵⁰

A norma mint az akarati aktus jelentése lehet objektív és szubjektív. Szubjektív jelentésről van szó, ha a jelentés megegyezik a normát alkotó szubjektív akaratával; objektív jelentésről van szó, ha létezik egy másik norma (normarendszer), amely objektív jelentéssel ruházza fel a szóban forgó normát. Így ha valaki segítséget kér, akkor a kérés szubjektív jelentése az, hogy a másik segítsen. Objektív értelemben azonban csak akkor van szó segítségnyújtásikötelezettségről – vagyis valaki csak akkor kötelezett erkölcsileg arra, hogy segítsen –, ha létezik a „Szeresd felebarátod!” parancsolatához hasonlóan érvényes parancs, amit például egy vallásalapító bocsátott ki. A vallásalapító által kibocsátott norma objektív érvényessége pedig azon a feltételezésen nyugszik, hogy a vallásalapító parancsolatában foglalt elvárásnak megfelelően kell cselekedni. Ez a feltételezés az alapnorma,¹⁵¹ ami egyúttal kivételt jelent az alól az általá-

148. Kelsen: *Reine Rechtslehre*. 3–25.

149. *Uo.* 23., 116–117. és Kelsen: *Allgemeine Theorie der Normen*. 23.

150. Kelsen: *Allgemeine Theorie der Normen*. 21.

151. Az objektív és szubjektív jelentés e szembeállítását inkább Rousseau voluntarizmusát (*volonté générale* – *volonté de tous*) idézi, és – a biblikus referenciák ellenére – nem pedig azt a mérvadó katolikus teológiai tanítást, amely szerint a hit és értelem harmonikus viszonyban áll egymással.

nos meghatározás alól, amely szerint minden norma akarati aktus. Az alapszabály esetében ugyanis „gondolati aktusról” (*act of thinking*) van szó. Pontosabban: az alapszabály egy „elképzelt akarati aktushoz” (*an imaginary act of will*) kapcsolódik, amit – a jogszabály esetében – a jogász gondolkodás feltételez.¹⁵²

c) A jogértelmezés célja a jogi szabály jelentésének feltárása, a szabálytartalom – eseti vagy általános – megállapítása, vagyis az ítéletalkotás. Az értelmezésnek mint jelentésfeltárási (vagy -meghatározási) mechanizmusnak kettős értelmű kötődése van a szabályhoz mint jelentéshez: egyfelől maga szabály is egy jelentés (egy szabályalkotó akarati aktusnak jelentése); másfelől pedig a szabálynak is van jelentése (például az, hogy ezt vagy azt a cselekvést kell tanúsítani).¹⁵³

A jogtudós ítéletei igazak (vagy hamisak), a jogalkalmazók ítéletei érvényesek (vagy érvénytelenek). Az előbbi célja, hogy a jogszabályokon keresztül a jogszabályt oly módon rekonstruálja, ahogyan az van, tehát anélkül, hogy értékelné. Nem kérdezi, hogy a jogszabálynak milyennek kell lennie, és nem tér ki arra, hogy mi a jogszabály tartalma. A rekonstrukció segítségével az ellentmondásokat feloldja, és – a jogszabály egysége miatt – felfelelezi, hogy joghézag nem létezik.¹⁵⁴ A jogtudományi és az autentikus értelmezés is szellemi eljárás, de az előbbi ismereti aktus, utóbbi viszont az akarat aktusa. Az autentikus jogértel-

152. Kelsen: *General Theory of Law and State*. 134.

153. A „szabály egy jelentés” ugyanazt jelenti Kelsen szerint, mint az, hogy a „szabálynak jelentése van”. Kelsen: *Allgemeine Theorie der Normen*. 21.; lásd még *uo.* 23., 116. sk.

154. A joghézag tehát fikció, „mivel logikailag mindig lehetséges, bár néha nem megfelelő a létező jogszabályt alkalmazni a bírói döntés pillanatában” (Kelsen: *General Theory of Law and State*. 149.). Lásd még az életmű elejéről: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. 502. sk., 532. sk.; közepéről: Kelsen: *Reine Rechtslehre*. 352–353.; valamint a végéről: *Allgemeine Theorie der Normen*. 106–107., 180–181., 304 sk., 333. sk. A passzusok összevetéséből kitűnik, hogy a problémát illetően Kelsen nézetei nem változtak.

mezés célja következőképp egy egyedi norma vagy precedens esetében egy általános norma megalkotása.¹⁵⁵

Az autentikus értelmezés nem a bíróságok „privilegiuma”: „A jogalkotás minden esetben jogalkalmazás (...) minden aktus, rendszerint, egyúttal egyszerre jogalkalmazási és jogalkotási aktus is.”¹⁵⁶ Csak a hagyományos tan tartotta úgy, hogy a bíróságok funkciója a jogalkalmazás; ám valójában ez az instancia is úgy működik, mint a törvényhozás, vagyis a szankciót elrendelő bíróság egyúttal jogalkotó is.¹⁵⁷ Az autentikus értelmezésre, az alapnorma és a végrehajtás szintjeit kivéve, a joglépcső minden fokán szükség van. Az összes alkalmazott – azaz megalkotott – jogi norma értelmezett norma:¹⁵⁸ a jogértelmezés „elkíséri” a magasabb fokról a magasabb fok által meghatározott alacsonyabb fok felé haladás során a jogalkalmazást.¹⁵⁹ A bíróságok sajátos funkciója az, hogy a jogkérdés megválaszolásán keresztül a szankciót elrendeljék, s evégett a releváns tényeket is megállapítsák.¹⁶⁰ Az értelmezett norma és a jogalkalmazás eredményeként létrejött norma egymással hierarchikus viszonyban áll.

d) A norma-értelmezés mint jelentés-megállapítás módszerei – jogi értelemben véve -egyenrangú eredményre vezetnek. Így a „klasszikus módszerek”, a történeti értelmezés és az érdek-

155. Kelsen: *General Theory of Law and State*. 133., 149–150.

156. *Uo.* 133.

157. *Uo.* 134., 145., 146.

158. Kelsen: *Tiszta jogtan*. 60.

159. *Uo.* 66.

160. Kelsen: *General Theory of Law and State*. 136.: „Nincsen olyan tény „önmagában”, hogy A meggyilkolta B-t; ez mindössze az én hitem vagy bárki más hite, avagy tudomása arról, hogy A meggyilkolta B-t. Ezt A tagadhatja vagy elfogadhatja. Jogi szemszögből nézve ezek viszont nem többek, mint relevancia nélküli magánvélemények. Egyedül a hatáskörrel rendelkező szerv megállapításának van jogi relevanciája”, így „(A) bíróságnak meg kell válaszolnia nemcsak a ténykérdést (*questio facti*), hanem a jogkérdést (*questio juris*) is” (*uo.* 143.).

elemzés, az analógia és a különféle argumentumok „elkísérik” ugyan a jogalkalmazás folyamatát, ám ezek közül egyiknek sincsen a másikkal szemben elsőbbsége. Kelsen kissé következetlenül megállapítja egyfelől, hogy a normaszöveg kivétel nélkül – szándékosan vagy szándék nélkül – meghatározatlan,¹⁶¹ és másfelől pedig óva inti a jogalkotót, hogy határozatlan fogalmakkal operáljon.¹⁶²

A probléma megoldása végett Kelsen különbséget tesz szándékos és szándékolatlan határozatlanság között. Míg a szándékos határozatlanság esetén egy mérlegelési jogkör kialakításáról (delegálásáról) van szó, addig a nem szándékos határozatlanság esetén arról, hogy a jogalkotói akarat szubjektív szándéka és a norma objektív jelentése egymástól eltér. A jogalkalmazónak tehát választani kell tehát a történeti és a nyelvtani értelmezés módszerei közül. Bizonyos értelemben a logikai és a rendszertani értelmezés feladatát a jogrendszer rekonstruáló jogtudós veszi át a jogalkalmazótól. S végül érdemes kiemelni, hogy a jogalkalmazásban, éppúgy, mint a jogalkotás során, akár erkölcsi érvek is megjelenhetnek: hiszen ezeknek a forrása is (csakúgy, mint a normáké) akarat és nem ismereti aktusok.

Maga a jogalkalmazás nem más, mint az absztrakt norma egyedi esetre történő konkretizálása. Kelsen ezt a folyamatot olykor dedukciónak és szubszumpciónak is nevezi. Ennek a mechanizmusnak a célja az, hogy a jogalkalmazó az általános norma absztrakt feltételeit és következményeit az esetre tekintettel egyediesítse. A jogalkalmazást részben eljárási szabályok,

161. Kelsen: *Tiszta jogtan.* 53–54.; Kelsen: *Reine Rechtslehre.* 346–348.

162. Vö. Hans Kelsen: *Ki legyen az alkotmány őre?* ford. Jakab András és Fodor Bea, in Takács Péter (szerk.): *Államtan. Írások a XX. századi általános államtudomány köréből*, Budapest: Szent István Társulat 2003. 306. és Hans Kelsen előszavát Charles Eisenmann: *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, (1928) Párizs: Economica 1986. doktori dolgozatához.

részben az alkalmazandó norma tartalma határozza meg. Az eljárási szabály lehet akár egy nagyon általános, mérlegelésre felhatalmazó szabály is, például a bíróság hatáskörének rögzítése. Ilyen jogszabályok létezése elengedhetetlen ahhoz, hogy a jogalkalmazó által megalkotott egyedi norma a jogrendszer része legyen, vagyis az előírásnak, a szubjektív akarat-kifejezés mellett, legyen objektív jelentése is.¹⁶³

A jogrend dinamikus jellegéből – és az eddig kifejtettek-ből – következik, hogy a jogalkalmazónak mérlegelési jogköre van: a jog által fel van hatalmazva arra, hogy a normajelentések közül kiválassza a megfelelőt. A norma ugyanis egy keretet jelent: az ítélet beilleszkedik a jogrendbe, ha e kereten belül marad. A jogtudós viszont nem egy jelentés, hanem a jogi normán mint kereten belüli összes lehetséges jelentés feltárására vállalkozik. A jogrend statikus jellegéből adódóan az egyedi norma megalkotása egy szubszumpciós eljárás eredménye. A szubszumpció olyan logikai eljárás, amelynek eredményeként az általánostól az egyedihez jutunk el. Következésképp a jogi hierarchia, alulról felfelé nézve, az egyeditől az általános jellegű normák irányába épül fel. A statikus rend alapnormája így végső soron tartalmazza az összes többi normát. Ezzel párhuzamosan, a jogrend dinamikus jellegéből fakad az, hogy a mérlegelésre való felhatalmazás lentől felfelé nézve egyre általánosabb, fentről lefelé nézve pedig egyre szűkebb lesz. A dinamikus rend alapnormája egy olyan általános felhatalmazási szabály, mint amilyen egy társadalmiszerveződés-elméletnek az a lépése, amikor a szuverént felruházzák hatalommal. A jogerős jogalkalmazói döntésre (egyedi norma) pedig két értelemben is igaz, hogy egy individualizáló-konkretizáló folyamat végső aktusa: egyre szűkebb mérlegelési jogkörben meghozott, az eset tényeihez igazodó normáról van szó.¹⁶⁴

163. Kelsen: *General Theory of Norms*. 133., 135., 144.

164. Az individualizálásról (konkretizálásról) mint az általános/absztrakt tételtől az egyedi/konkrét, jogerős normához való eljutás folyamatáról lásd Kelsen: *Reine Rechtslehre*. 2., 236–238., 242–251.

4.2. Diakronikus (eszmetörténeti) elemzés

A kommentárirodalom egybehangzó álláspontja szerint Hans Kelsen, a 20. század legjelentősebb jogfilozófusa tehát nem sokat törődött a 20. század legjelentősebb jogfilozófiai problémájával, a jogértelmezéssel. Akit ez az állítás meglep, rákérdezhet nemcsak az okokra, hanem arra az ellentmondásra is, amely e sommás ítélet megfogalmazása és a kelsenológia gazdagsága között feszül. Úgy tűnik, hogy maga Kelsen kielégítően kompakt elméletnek tekintette a *Tiszta jogtan* 1934-es kiadásában kidolgozott értelmezés-elméletét, hiszen a mű e részét önálló tanulmányként *Az értelmezéselmélethez* címmel ugyanebben az évben újraközölte, s azon semmi lényegeset nem változtatott a második kiadásban sem. Az abban megfogalmazott gondolatokra reagálva már a kortársak is hangot adtak elégedetlenségüknek, mára pedig a maliciózus hangnem szinte kötelezővé vált. Ennek ellenére a kommentátorok valamiért mégiscsak szükségét érzik annak, hogy a pikírt megjegyzéseiktől romba döntött *Tiszta jogtant* „kiegészítsék”, „továbbgondolják” „meghaladják” – és így tovább.

A kommentárirodalom gazdagsága talán arra vezethető vissza, hogy a *Tiszta jogtan* olyan heterogén és hézagossá tan, amelyben mindenki talál magának valami érdekeset, s egyúttal hiányérzete is támad. A heterogenitást illetően Marty-niak már idejekorán felhívta a figyelmet arra, hogy a Kantra és Machra egyaránt hivatkozó Kelsen mennyire hajlik az ellentmondó módszertani előfeltevések elfogadására. A hézagkitöltésre pedig a legkülönbébb irányzatok vállalkoznak, kezdve a kibernetikától egészen a dekonstrukcióig. Ezek közül egyesek tovább fokozzák a heterogenitást, mások sikeresen transzplantálják a kelsen-i gondolatokat saját elméletük keretei közé. Az utóbbira Jackson, az előbbire pedig a szintén jogi szemiotikával foglalkozó Dubouchet hozható fel példaként.

Nyilván nem túl gyümölcsöző a „Miért nem létezik kelsen-i értelmezés-elmélet?” kérdésre a kommentárirodalomban vagy magában a *Tiszta jogtan*ban keresni a választ, s jobb, ha

inkább az eszmetörténetet hívjuk segítségül. Így azt állíthatnánk, hogy a *Tiszta jogtan*ból először is azért hiányzik az értelmezélmélet, mivel az alapvetően az argumentációelméletek megjelenése, a modern logikai rendszerek kidolgozása, s leginkább a „nyelvi fordulat” következményeit levonó „modern” jogbölcselet térhódítása előtt bontakozott ki a maga teljességében, ám ezekhez képest Kelsen a régi „paradigma” képviselője volt, és az is maradt; másodsor, mivel a jogértelmezés problémája az alapjogi bírászkodás térhódításának hatására került előtérbe, amely fejlemény ismét csak az osztrák jogtudós életművének „hanyatló” korszakára – vagy még későbbre – tehető;¹⁶⁵ s harmadszor amiatt, mert a jogtudomány-elméletként felfogott *Tiszta jogtan* idejétmúlt tudományfelfogást tekint modellnek, hiszen Kelsen nem volt és nem is lehetett olyan, a tudományelméletet valóban tudományos szintre emelő művek ismeretének birtokában, melyek még ma is jó térképet jelentenek a védhető jogtudomány-konstitúcióba illesztett érvelés-elmélet megalkotása felé vezető úton.

E három eszmetörténeti ok plauzibilis, ám mégsem konkluzív. Más szóval, segítségükkel Kelsen nem menthető fel egykönnyen. Hiszen, először is, a nyelvfilozófia már Austin és Wittgenstein előtt is létezett. Ezzel összefüggésben Lindahl meg is jegyzi, hogy a kelseni redukciónizmus mennyire szembeötlő, ha figyelembe vesszük, hogy Husserl és Heidegger értekezéseit Kelsen ismerte vagy ismerhette volna, s még annak is tanúja lehetett, hogy miként bontakozik ki az a hagyomány, amelyre a gadameri hermeneutika támaszkodik. Meglehet, hogy viszont igaza van a már említett Dubouchet-nek, aki szerint a kelseni vállalkozásból annak neokantiánus gyökerei miatt hiányzik a nyelvre vonatkozó reflexió. S való igaz, a *Tiszta jogtan* által etalonnak tekintett *Tiszta ész kritikája* sem az értelmezésprobléma cizellálása miatt lett híres. Ám az is közhely, hogy Kelsen nem volt mindig kantiánus, s így az eredeti

165. Vö. *Brown vs. Board of Education* 1954; *Roe vs. Wade* 1973.

módszertani keretek nem képezhettek akadályt egy komplex jogértelmezés-elmélet előtt. *Mutatis mutandis* e gondolatmenet alkalmazható a logikára és a retorikára is. Ami a logikát illeti, ha von Wright-téből nem is, de Leibniz írásából – amelyeknek Russell-féle újrafelfedezése pontosan a századfordulóra tehető – Kelsen tudhatott volna a deontikus logikáról. A retorikával kapcsolatban pedig azt mondhatjuk, hogy Kelsen, ha az „új retorikából” még nem, de régiből bizonyosan kiindulhatott volna. Tisztában kellett, hogy legyen az értelmezésprobléma filozófiai tétjével, s azzal is, hogy e perspektívát nem mellőzheti a jogtudomány. Mindez világosan kiderül *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* következő passzusából: „Nemcsak lehetséges, hanem szükséges és különösen fontos a jogtudomány kicsiny világa s a világ nagy filozófiai rendszerre között létező viszonyt felfedezni és rögzíteni.” Az már más kérdés, hogy amerikai korszakában e korábbi álláspontjával radikálisan ellenkező nézetet vall. 1962-ben például Villey „Mi a jogfilozófia?” körkérdésére a tudományos vállalkozásként felfogott általános jogelmélet és az erkölcsfilozófia részének tekintett jogfilozófia radikális szembeállításával válaszol. Mindent egybevéve tehát nem igaz, hogy ne állt volna rendelkezésre olyan matéria vagy filozófiai eszköztár, amelyből egy értelmezés-elmélet ne lett volna kidolgozható. Ezekkel szemben viszont Kelsen szándékosan negligensnek mutatkozott.

Másodszor, Kelsen, az európai alkotmánybíróságok atyja, bizonyosan tudta, hogy mit jelent a bírói aktivizmus. Erre legalább négy bizonyíték áll a rendelkezésünkre. Először is az, hogy minden jel szerint ismerte a *Marbury vs. Madison* (1804) döntést, amelyen, amint az köztudott, az egész modern alkotmánybíráskodás nyugszik. Másodszor az, hogy nagyon is tudtában volt annak, hogy a nevezetes „Ki legyen az alkotmány őre?” vita nem szól másról, mint az alkotmány 48. cikkének helyes értelméről. Harmadszor az, hogy amikor szülőhazájában kettétört karrierje, a saját bőrén kellett megtapasztalnia, mit is jelent egy „nehéz eset”. Negyedszer pedig az, hogy sohan – például Troper – az idős Kelsen felfogását egyáltalán

nem tekintik „hanyaglónak”, így az érdeklődés hiányán kívül semmi más nem akadályozta meg Kelsent abban, hogy rámutasson a nagy döntések jogelméleti következményeire. Mindennek fényében ugyan nem állítható, hogy Kelsen oly öntudatos alkotmányjogi „rejtvényfejtő” volt, mint Dworkin, de az igen, hogy szembesült olyan *questio iurisszal*, amelyre jogértelmezés-elmélet kidolgozásával válaszolhatott volna. Ám ez mégsem így történt.

S végül hangsúlyozni kell, hogy Kelsen sohasem hagyott kétséget afelől, hogy kardinalis kérdésnek tekinti a tudományelmélet problémáját, hiszen maga a *Tiszta jogtan* sem más, mint egy metaelméleti – azaz jogtudomány-elméleti – traktátus. Az életmű egészében természetesen a „paradigma” – azaz az érvényes mintaként felfogott tudománymodell – nem volt mindig ugyanaz, s még egy adott korszakában sem feltétlenül kötelezte el magát egy tudományos modell mellett. Ezen túlmenően ismert az is, hogy miként hezitált a logikai pozitivisták monista tudománykonceptiója és a neokantiánusok dualista konceptiója között, valamint az is, hogy egyszerre kacérkodott az utóbbi főbb irányzataival. S bár a tudományművelés szociológiai tényezői valóban nem foglalkoztatták, és a *Tiszta jogtanban* kikristályosodó igazságkritérium is „Popper-előtti”, Kelsen egyik legnagyobb érdemének azt kell tekintenünk, hogy a jogtudomány berkein belül a tudományelméleti vizsgálódás lehetőségét megteremtette. Az újabb elméletek inkorporálása helyett azonban az idősödő Kelsen inkább a hume-i empirizmushoz való visszatérést szorgalmazta. Az értelmezés-elmélet azonban továbbra sem került a látókörébe.

4.3. Az értelmezés három formája

Mindeddig az értelmezés kifejezést meglehetősen tág értelemben használtam, bízva abban, hogy érthető, mit is értek „értelmezésen” vagy „értelmezés-tanon”. Valamit feltételezni köztudomásúan könnyebb, mint szabatos meghatározásokat

adni, ilyenkor ugyanis, mint Grodin írja, egy széles filozófiai területre hatol az ember, s elkezd dadogni. Szabatos meghatározás nélkül azonban nehéz lenne megérteni azt a kritikát, amely szerint „Kelsen nem dolgozott ki értelmezéstudományt”, s megmondani, hogy az, amit viszont kidolgozott, miért nem tekinthető értelmezéstudannak.

Keressünk tehát egy olyan definíciót, amellyel Kelsen maga is egyetértett volna! Így Wróblewsky szerint az „értelmezés” egy jelentésmeghatározási eljárás vagy annak eredménye. Hasonlóan definiál Marmor is, aki azt a „jelentés megfejtésével” azonosítja. A jogértelmezés sajátossága az, hogy annak tárgya emberi alkotás, valamint az, hogy azt ember, s nem pedig egy gép végzi. Erre figyelemmel válik érthetővé nemcsak az, hogy Dworkin miért nem tekinti a tudományos értelmezést „értelmezésnek”, hanem az is, hogy miért nem tehető egyenlőségjel az egyenletbe való behelyettesítés és a jogszabály adott esetre történő alkalmazása között. Kelsen az előbbi megjegyzéssel – mint majd látni fogjuk – nem értene egyet, az utóbbival pedig csak részben, attól függően, hogy az „értelmezés” kifejezést milyen perspektívába helyezett szellemi műveletként fogjuk fel.

A perspektívákra tekintettel a jogértelmezéstanokat – ismét Wróblewsky nyomán – három csoportba sorolhatjuk. *Latissimo sensu* az „értelmezés” a társadalomtudományokban használatos „felfogás” szinonimája. *Lato sensu*, jogelméleti értelemben a nyelvi kijelentés vagy aktus „megértése”. Az „értelmezés” *stricto sensu* jelentése azon szituációkhoz köthető, amikor az alkalmazandó jogszabály alakját felöltő nyelvi kifejezés jelentésével összefüggésben kétség merül fel. Itt értünk el a joggyakorlat vagy jogdogmatika mezsgyéjére.

a) Most azt vizsgáljuk, hogy a kelseni vállalkozásban miként tűnik fel e három – társadalomtudományi, jogelméleti és jogdogmatikai – értelmezési forma, kezdve legelőször a legszűkebb, jogdogmatikai jelentéssel, ahol kérdés az, hogy bizonytalankodó bíró milyen jelentést tulajdonítson – adott tényállásra vagy alkotmánybíráskodás esetén, a „hírbe hozott”

jogszabályra tekintettel – a homályos jogszabályi (alkotmányos) rendelkezésnek.

A Kelsen által – többek között az *Allgemeine Staatslehre* (1925) lapjain, illetve a Schmitt-vitában is – hivatkozott hagyományos felfogás alapján a fő szabály szerint ilyen helyzet kialakulásának kicsi az esélye. Eszerint a bíró olyan „jogi automata”, akinek azt kell hinnie, hogy döntése már készen benne foglaltatik a törvényben. Amennyiben a bíró bizonytalankodik, a jogtudományként felfogott jogdogmatika siet a segítségére. Kelsen azonban sohasem osztotta ezt a nézetet, és elutasította ennek maximaszerű megfogalmazását, az *interpretatio cessat in claris* tételét. A *Tiszta jogtan* mindkét kiadásának (1934 és 1960) kardinális tézise szerint minden norma értelmezésre szorul, s ennek megfelelően az értelmezés szerves részét képezi a jogalkalmazási tevékenységnek. E tekintetben nem változott meg az álláspontja az évek során sem, függetlenül attól, hogy az értelmezés tárgyát, a jogszabály fogalmát illetően módosította felfogását. Posztumusz művében, az *Allgemeine Theorie der Normen*ben (1979) feltett kérdése helyesen mutat rá a jogdogmatikai értelmezésprobléma lényegére: „A normaértelmezés a következő kérdésre válaszol: valójában mi a jelentése azon szavaknak, amelyeket normaként kell értenünk?” Mindebből az következne, hogy a jogtudósnak e kérdésre válaszolnia kell valamilyen módon. Kelsen szerint viszont az a jogtudós, aki megtartja tisztasági fogadalmát, erre a kérdésre nem válaszolhat.

Állandó vitapartnere, a „hagyományos elmélet” – a voluntaristák, a pandektisztika és a történeti jogi iskola – viszont értelmezési kánonokkal áll elő. Ezekre a tanokra épít a jogfilozófiában jelentős hangsúlyeltolásokat okozó és új horizontokat feltáró hermeneutikai irányzat. A válasz helyett a válaszadási lehetőséget annuláló Kelsen pedig arra vállalkozik, hogy „megtisztítsa” a „hagyományos elméletet”. Ez a tisztogatás Amselek szerint eleve reménytelen vállalkozás, hiszen a jogdogmatika gyakorlati diskurzus, így azt semmiféle tisztítási eljárással nem lehet tudománnyá mosni. Végül is Kelsennél a

dolgok lehető legszerencsétlenebb konstellációja alakul ki: a hagyományos elméletekkel történő szakítása nem válik radikálissá, reflexiójának mélysége pedig nyomába sem ér a hagyományos elméleteket továbbbéltető hermeneutikai elméletekének. Nem véletlen tehát, ha felemás megoldással találkozunk a *Tiszta jogtan* azon passzusában, ahol a szerző a történeti és a nyelvtani értelmezési szabályokat konfrontálva megállapítja, hogy a jogértelmezési kánonok alkalmazásai a jelentésmegállapítás terén egyenrangú eredményre vezetnek. A közöttük való választás akarati aktus folyamánya, amely nem tudományos, hanem ideológiai döntés, azaz nem a tudós tevékenységét jellemző értelmi aktus. Ergo, annak megtétele nem a jogtudós dolga, hanem a jogalkalmazóé. Kelsen természetesen a jogtudomány területén marad akkor is, amikor a *Tiszta jogtant* írja, és akkor is, amikor az ENSZ alapokmányához készít vaskos kommentárt, hiszen utóbbi esetben – szemben a hagyományos elmélethez ragaszkodó ideológusokkal – nem tesz mást, mint „feltárja” a normaszöveg összes lehetséges értelemjelentését, de azok közül nem jelöli meg azt az értelmet, amelyik elvezet a „helyes” döntéshez.

Ebben a passzusban fellelhető egy, az utóbbi megjegyzésünkhöz is kötődő gondolatmorzsa, amelyből kitűnik, hogy az osztrák jogtudós mégiscsak a hagyomány rabja maradt. Az intencionalitás diakronikus rekonstrukciójaként felfogható történeti jogértelmezésről van szó, amely mint ilyen, valójában ezer szállal kötődik a hermeneutikához. Kelsen elfogadja azt a nézetet, miszerint az autentikus értelmezőként eljáró bíró, s az ugyanebbe a csoportba tartozó, a jogszabály által konstituált szankciót elkerülő magatartást kifejtő egyéni jogkövető „megérti” és „felfedezi” a norma jelentését. A jogalkalmazás és jogkövetés előfeltétele tehát a „megértés”, állítja Kelsen, ám ugyanakkor hozzáteszi, hogy a „tisztasági” elv és a tudomány szigora arra kötelezi a jogtudóst, hogy a jogalkalmazó/jogkövető megértő-interpretatív attitűdjét ne tanúsítsa, hanem mindössze írja le úgy a jogot, ahogyan az van, s készítsen belőlük jogtételeket. A „megértésről” és a „helyes válaszról” tehát a

Tiszta jogtannak mint tudománynak annak ellenére nincs mit mondania, hogy implicit módon mindkettőt feltételezi.

Pedig lenne helye a hermeneutikának is! A *Tiszta jogtan* történeti és nyelvtani értelmezési szabályokat konfrontáló passzusában Kelsen elfogadja azt a nézetet, hogy az autentikus értelmezőként eljáró bíró, s az ugyanebbe a csoportba tartozó, a jogszabály által konstituált szankciót elkerülő magatartást kifejtő egyéni jogkövető „megérti” és „felfedezi” a norma jelentését. Azt állítja tehát, hogy a jogalkalmazás és jogkövetés előfeltétele a „megértés”. Nem így a tudós esetében, akit a „tisztasági” elv és a tudomány szigora arra kötelez, hogy a jogalkalmazó és jogkövető megértő-interpretatív attitűdjét ne tanúsítsa. Következésképp a tiszta jogtannak mint tudománynak a megértés hermeneutikai problémájáról annak ellenére nincs mit mondania, hogy implicite feltételezi: „megértés” nélkül a jog nem is működhetne.

b) Az értelmezés második, jogelméleti jelentése egy dinamikus folyamatba illeszti a jelentésmegállapítási aktusokat. Kelsen meghatározása leginkább ezt az értelmet tükrözi. Az értelmezés, írja a *Tiszta jogtanban*, „olyan szellemi eljárás, amely a jogalkotás folyamatát – vagy a »jogalkalmazási eljárást«, egészíti ki a meghatározást a második kiadásban – elkíséri a magasabb fokról a magasabb fok által meghatározott alacsonyabb fok felé haladás során”.

A definíció jelentősége minden kétséget kizáróan a joglépcsőelmélet és a jogértelmezési folyamat összekapcsolásában áll. Van, aki szerint ez a modell kielégíti a tudomány igényeit, s így jól leírja azt, hogy a jog valójában miként működik, s ezért kedveli, más viszont Prokrusztész-ágnak tekinti. Kritika ide vagy oda, a tan potenciális jogértelmezés-elméletre kiható lényeges eleme az, hogy uniformizálja a jogforrásokat. Ennek megfelelően Kelsen beilleszti az összes autentikus értelmezés-aktust (bírói döntés, közigazgatási határozat stb.) a joglépcsőbe, s rendkívül következetesen kiveszi a norma fogalmi ismérveivel közül az általánosságot. (Bár vitára érdemes az a felvetés is,

amelyet Peschka Vilmos fogalmaz meg, miszerint az „individuális norma” fogalma *contradictio in adiecto*.) A jogfejlődés Kelsent látszana igazolni, amennyiben a jog életét mára alapvetően meghatározzák a különféle felső bíróságok *erga omnes* individuális normái.

Amennyiben az értelmezési folyamat eredménye egy norma, és a norma emberi akarat terméke, úgy e folyamat leglényegesebb eleme nem az értelem, hanem az akarat. A *Tiszta jogtanban* – a kelsen elmélet dekadens korszakát nem számítva – a jogrendszer ugyanis, „lényegét tekintve” egy dinamikus rend, azaz egy hierarchikusan felépített kompetencialáncolat, ahol az egyes fokokon az autentikus értelmező tevékenysége a mérlegelési jogkör keretein belül zajlik. E meghatározás számos kommentáló megjegyzést implikál. Először is érdemes megjegyezni, hogy Kelsen sohasem gondolta azt – szemben azzal, amit a jogirodalomban olykor mondanak –, hogy maga a jogrend egy axiomatikus rendszer lenne. Ő sokkal inkább osztaná azt az álláspontot, amely azt egy időben folytonosan változó rendként definiálja. Másfelől viszont ebből nem következik, hogy a jogtudományi rekonstrukció ne láttathatná azt egy axiomatikus rendszerként. Ilyen értelemben a jogtudós hasonló munkát végez, mint a nyelvész. Amikor tudniillik valaki szótárt vagy nyelvtankönyvet ír, tisztában van a *parole* és a *langue* közötti különbséggel, tudja, hogy léteznek dialektusok, s hogy a nyelvben folyton-folyvást új szavak, kifejezések, nyelvhasználati szabályok tűnnek fel, sokszor pedig éppilyen intenzitással el is tűnnek. Így hibázna, ha azt gondolná, a szótár vagy nyelvtankönyv „az örökkévalóságnak” készül, ám ennek ellenére a szótárt és nyelvtankönyvet mégis valamilyen racionális rendszer, talán éppen az axiomatizmus eszményének megfelelően építi fel. Intuíciók, szabad asszociációk vagy a kontingensen kiválasztott lokális hagyomány alapján eddig még nem készült sem szótár, sem pedig nyelvtankönyv. Kelsen jogtudományeszméje – amely azután meghatározta az értelmezésemélet határait is – azt adta a jogelméletnek, mint amit Saussure és Hjelmslev kísérletei a nyelvészeknek. Így –

bár e tekintetben néhány fordulata még átgondoltabb elemzést kíván – elfogadja, hogy a jogrendszer elsősorban nem az ész, hanem az emberi akarat alakítja ki, így potenciálisan annak bármi a részévé válhat, s hogy a mérlegelési jogkörben megállapított jelentés adott esetben eltérhet attól, amit a jogalkotó „kívánt” volna mondani. Mindez nem zárja ki, hogy a jogtudós racionálisan ne rekonstruálhatná, „láttathatná” a jogot. Az már más kérdés, hogy e „láttatás” során a tudós képes-e tiszteletben tartani a módszertisztaság követelményeit, főként akkor, ha a hipotetikus alapnormát is olyan jogtudományi konstrukciónak tekintjük, amelynek a funkciója az, hogy a jogrend egységét biztosítsa.

Ezen teoretikus keretek között a logika törvényeinek alávetett ész funkciója az, hogy a normát mint keretet megállapítsa, amelyen „belül maradva” a *Tiszta jogtanban* egylényegűvé tett jogalkalmazói-jogalkotói akarat választja ki a megfelelő jelentést. Amennyiben a jog maga előírja, hogy ez miként történjen, vagyis az értelmezés módját, úgy azt figyelembe kell venni, amennyiben nem, úgy a jogalkotó-jogalkalmazónak a dedukción kívül más „mankója” nincs. A jog birodalmát feltérképező tudós annyiban segít a jogalkalmazónak, hogy a keretben megtalálható összes jelentést felsorolja, de a jogalkalmazó akarata választja ki az adott ügyre vonatkozó jelentést. Ehhez a jogalkotó-jogalkalmazó vagy igénybe veszi az összes jelentést feltáró jogtudós segítségét, vagy nem. Konstruktőről van szó tehát, és nem dekonstruktőről. A kelsen gondolatok valójában ahhoz az egzegéta tradícióhoz kötődnek, amely azt feltételezi, hogy a norma mint keret véges számú jelentést foglal magában.

Az egzegéta hagyománnyal családi hasonlóságban álló „hagyományos” elmélet hatása annak ellenére kimutatható Kelsennél, hogy szünet nélkül épp ennek az ellenkezőjét hangoztatja. Ráadásul, a jogértelmezés problémáját illetően nem valószínű, hogy a már említett tervét sem, amely arra irányult, hogy a jogra vonatkozó reflexiót széles filozófia perspektívába helyezze. Mindez tetten érhető a „konkretizáció” és

az „értelem/akarat” fogalmainak használatában is. A két fogalom közös jellemvonása az, hogy jogfilozófiai „tétjük” van, és esszenciális elemei egy kompakt értelmezésméletnek.

Ami az elsőt illeti, bár Kelsen hangsúlyozza, hogy a jogalkotói/jogalkalmazói döntés érvényességének nem feltétele az azt létrehozó szillogizmus logikai helyessége, mégis a dedukció/konkretizáció művelete az, ami végigfut a joglépcsőn. A felső tétel a jogalkalmazó által kiválasztott normajelentés, alsó tétele a tényállás – amiről egyébként Kelsen nem sokat mond –, s döntéshez a jogalkalmazó az általános tétel egyedi esetre történő „konkretizációja” által jut el. A jogász Kelsen nem él azzal a lehetőséggel, hogy e gazdag filozófiai hagyománnyal rendelkező fogalomnak – amely korábban az arisztotelészi-tomista rendszerben formálódott, majd Hegelnél új jelentésárnyalatokkal gazdagodva végül a modern hermeneutikai vitákban került az érdeklődés homlokterébe –, illetve a filozófia eszköztárának a segítségével bontsa ki lényegét. Az akarat fogalmával hasonló a helyzet. Kelsennek itt kétféle szellemi forrásvidéken kellene tájékozódnia, mivel az akarat-probléma tárgyalása során egyfelől a kontinentális magánjogi dogmatika (jogi személy tanok), másfelől az osztrák-német államtudományi irodalom (államakarat-tanok) hagyományával elkerülhetetlen a szembesülés. Míg eredetileg a pozitivistának vagy voluntaristának nevezett álláspont alaptétele az volt, hogy ami akart, az érvényes, Kelsennél ez megfordul: ami érvényes, az akart. Így a szerződés nem azért érvényes, mert az a felek egybehangzó akaratán alapul, hanem azért kellett a feleknek akarniuk, mert másként szerződésük nem lett volna érvényes. *Mutatis mutandis* ez a helyzet a bírói ítélet jogerejével. Az akarat a *Tiszta jogtanban* levezetett fogalomként él tovább, s a helyét az érvényesség veszi át. Röviden a kelseni álláspontot akként határozhatjuk meg, hogy az akarat a norma létének *sine qua non*, de nem *per quam* feltétele, és hogy ez a *per quam* feltételként felfogott akarat a tények világába tartozik, és nem pedig a normatív szférához. Kelsen megint ki-küszöböl egy fogalmat anélkül, hogy meghatározná, mi is az,

amit kiküszöböl; ezért nem tudjuk meg műveiből pontosan, hogy ez az akarat „magán-” vagy „nyilvános” akarat-e, és vajon fizikai vagy pszichológiai jellegű.

Ha mindezeket a gondolatokat egymás mellé helyezzük, azt is beláthatjuk, hogy Kelsen az értelmezésnek másodlagos szerepet juttat a joglépcsőelmélethez képest, ugyanakkor nem válaszol arra a kérdésre, hogy magát a joglépcsőt ki építi fel. Ha Kelsen természetjogász lenne, azt állítaná – mutat rá Kra-wietz –, hogy a hierarchia *a priori* adott a jogban, amit – meggyőződéses pozitivistaként – el kellene utasítania. Miként azt egy „valódi” pozitivista teszi, azt mondhatná, hogy maga az értelmezés „alkotja”, nem pedig fokrólfokra „kíséri” a joglépcsőt, hiszen az értelmezési tevékenység egyik leglényegesebb eleme az alkalmazandó norma jogrendszerben betöltött helyének meghatározása. Ebben az esetben a hierarchiát adott-nak tekintő, a dedukció/konkretizáció műveleteit használó jogalkalmazási folyamat menete jóval bonyolultabbá válna.

E pozíciómeghatározás rendkívül fontos eleme az értelmezésnek, így például ez tekinthető az alkotmánybíráskodás alapjának. Senki sem állítaná azt, hogy Marshall bíró úr nem értelmezői tevékenység alapján jutott arra a következtetésre, hogy a jogrendszer csúcsán az alkotmány áll, hogy a Legfelsőbb Bíróságnak kell az alkotmány „őrének” lennie, tehát hogy az alkotmányértelmezés elsődlegesen a bíróságok kompetenciájába tartozik. Kelsen – Schmitt-tel szemben – maga is hasonlóan érvel, amikor azt állítja, hogy az alkotmány nem azért áll a piramis csúcsán, mert az olyan norma, amely a jogrendszer többi normájához képest nehezebben megváltoztatható. Az alkotmány primátusa – következésképp magának az alkotmánybíróság létezésének igazolása – is csak tartalmi alapon lehetséges. Ez viszont azt jelenti, hogy az alkotmánybíróság nem „váltóőr”, aki a törvényhozást helyes „vágányra” tereli, ha adott esetben úgy tűnik, hogy az letérne a „helyes” útról, hanem valami olyasféle ágens – továbbgondolva Vedel dékán nevezetes metaforáját –, aki maga is részt vesz a „vasútépítésben” és a „mozdonyvezetésben” is. A bíróság valójában már akkor konstitutív tevékenységet

végez, amikor kimondja, hogy mely normacsoport tekinthető alkotmánynak – gondoljunk csak a francia alkotmánybírászkodást megteremtő nevezetes döntésre, amely kimondja, hogy a preambulumok utalása révén a hatályos alkotmány magában foglalja a deklarációkban rögzített alkotmányos elveket is! Az értelmezés hierarchiaépítő jellege még inkább nyilvánvalóvá válik továbbá, ha azokat az eseteket nézzük, amikor az alkotmánybíróság meghatározza, hogy az alkotmányon belül mely alkotmányos értéknek vagy elvnek kell érvényesülnie a többivel szemben, s akkor is, amikor általában az adott ágens eldönti, hogy saját kompetenciájának határai hol húzódnak.

b) Az értelmezés második, jogelméleti jelentése egy dinamikus folyamatba illeszti a jelentésmegállapítási aktusokat, amennyiben összekapcsolja a jog lépcsőzetes felépítésének eszméjét a jogértelmezés fogalmával. A tan jogértelmezés-elméletre kiható lényeges eleme az, hogy uniformizálja a jogforrásokat. Ennek megfelelően Kelsen beilleszti az összes autentikus értelmezési aktust (bírói döntés, közigazgatási határozat stb.) a joglépcsőbe, s rendkívül következetesen kiveszi a norma fogalmi ismérvei közül az általánosságot. Amennyiben az értelmezési folyamat eredménye egy norma, és a norma emberi akarat terméke, úgy e folyamat leglényegesebb eleme nem az értelem, hanem az akarat. A *Tiszta jogtan*ban ugyanis – talán a kelsen elmélet dekadens korszakát nem számítva – a jogrendszer „lényegét tekintve” egy dinamikus rend, egy hierarchikus felépített kompetencialáncolat, ahol az egyes fokokon az autentikus értelmező tevékenysége a mérlegelési jogkör keretein belül zajlik. A logika törvényeinek alávetett ész funkciója az, hogy a normát mint keretet megállapítsa, amelyen „belül maradva” a tiszta jogtanban egylényegűvé tett jogalkalmazói-jogalkotói akarat választja ki a megfelelő jelentést. Amennyiben a jog maga előírja, hogy ez miként történjen, vagyis az meghatározza az értelmezés módját, úgy azt figyelembe kell venni, amennyiben nem, úgy a jogalkotó-jogalkalmazónak a dedukción kívül más „mankója” nincs.

E rendkívül jogászias és életszerű leírásban mindössze az a bökkenő, hogy Kelsen az értelmezés tárgyát, a normát nem tényként fogja fel, hanem jelentésként. Ez pedig az értelmezési folyamatok „feltorlódásához” vezet. A norma ugyanis egyszerre jelentés, valamint egy ideális entitás, aminek jelentése van, és egy „értelmezési keret”. Amikor az alkotmánybíró például az alkotmányt értelmezi egy alkotmányellenesnek tartott jogszabályra vonatkozóan a történeti értelmezés segítségével, akkor legalább három jelentéssel (értelmezési kerettel) kell dolgoznia. De hogyan lehetséges a kiválasztott jelentés (értelmezési keret) segítségével jelentést tulajdonítani egy másik, harmadik, negyedik stb. jelentésnek (értelmezési keretnek)?

A kelsen-i életműből egyébként az sem derül ki, hogy egészen pontosan mi is lenne az autentikus értelmezés motorja, az akarat. Kelsen talán azért nem vállalkozott e fogalom meghatározására, mivel túl sok akaratfelfogás forgott közközen. Gondoljunk csak Kant és Rousseau, a voluntarista természetjogászok, a különféle pozitivisták vagy akár a magánjogászok legkülönbözőbb nézeteire! Az elemzés és meghatározás helyett az akarat filozófiaiproblémáját Kelsen rendkívül pragmatikus módon, egy inverzióval oldja meg, azaz egyszerűen megfordítja a voluntarista alaptételt: az „ami akart, az érvényest” az „ami érvényes, az akarttá” alakítja át. Így a szerződés nem azért érvényes, mert az a felek egybehangzó akaratán alapul, hanem azért kellett a feleknek egybehangzóan akarniuk, mert másként szerződésük nem lett volna érvényes. Mutatis mutandis ez a helyzet a joglépcső felső szintjein is: bírói ítélet nem azért érvényes, mert abban a jogalkalmazó (vagy a jogalkotó) akarata fejeződik ki, hanem azért érvényes, mert „akart”, vagyis a jogalkalmazó ágens szándéka arra irányult, hogy ítélete érvényes legyen. Az inverzió segítségével Kelsen egyfelől elhatárolja magát a racionalista természetjogászoktól és a voluntarista pozitivistáktól, másfelől az akaratot levezetett fogalommal teszi. Annak helyét az érvényesség veszi át. Az újabb maxima szerint az akaratú aktus léte a norma érvényességének *sine qua non*, de nem *per quam* feltétele. Így azután már nem

derül, ki hogy vajon „nyilvános” vagy „magán-”, vajon fizikai vagy pszichológiai akaratról van-e szó. Az akarat helyébe lépő újabb fogalom, az érvényesség, amit a „norma specifikus létmódjaként” jellemez Kelsen, pedig még obskúrusabb, mint az előbbi.

S vajon mi építi fel a joglépcsőt? Ha Kelsen természetjogász lenne, azt állítaná – mutat rá Krawietz¹⁶⁶ –, hogy a hierarchia *a priori* adott a jogban. Ezt meggyőződéses pozitivistaként el kellene utasítania. Mivel Kelsen a jogi hierarchia elméletét tanítványai és kollégái, a természetjogász-filozófus Verdross (alapnormatan) és a pozitivista-jogász Merkl (joglépcső-elmélet) nézeteiből fabrikálja össze, úgy az mindkét irányzat hibáját magán viseli. De a bécsi iskola egyetlen képviselője sem veszi észre, hogy az értelmezés olyan értelemben is konstitutív tevékenységnek tekintendő, hogy az nem fokrólfokra „elkíséri” a joglépcsőt, hanem megalkotja.

Az értelmezési tevékenység egyik leglényegesebb eleme az alkalmazandó norma jogrendszerben betöltött helyének meghatározása. Ezt Kelsen maga is hangsúlyozza, sőt megjegyzi, hogy az értelmezés szükségessége is ebből adódik. Az azonosítási kritériumról viszont nem szól szinte semmit,¹⁶⁷ holott a norma (alkotmány) pozíciójának meghatározása nélkül sem értelmezés, sem alkotmánybíráskodás nem lehetséges. Legfeljebb néhány radikális jogi realista állítaná, hogy Marshall bíró úr nem értelmezéssel jutott arra a következtetésre, hogy az alkotmány „őre” a bíróság. A Kelsen és Schmitt közötti vita egyik lényeges eleme szintén az volt, hogy miként lehet igazolni az

166. Werner Krawietz: A jog lépcsős felépítésének tana – a politikai teológia szekularizációja? in Varga Csaba (szerk.): *Jog és filozófia. Antológia a XX. század jogi gondolkodása köréből*, Budapest: Szent István Társulat 2003. 417–428.

167. Kelsen: *General Theory of Law and State*. 143. Ha nincsen előzetesen létező általános anyagi jogi norma, akkor a magatartáshoz szankció nem rendelhető, hiszen megengedett cselekedetről van szó. De elképzelhető az is, hogy a bíróság diszkrecionális jogkörében eljárva mégis megállapítja a szankciót (uo. 146.).

alkotmány primátusát. Ehhez természetesen azt is meg kell határozni, hogy mi az alkotmány. Ezzel összefüggésben Kelsen joggal veti el azt a nézetet, amely szerint az alkotmány azért áll a piramis csúcsán, mert a jogrendszer többi normájához képest nehezebben megváltoztatható.¹⁶⁸ Ám e formalista megközelítés kiiktatásával már csak néhány út marad nyitva: az alkotmány primátusát vagy értelmezéssel, vagy egy értelmezési aktusra való rámutatással, vagy jogon kívüli (politikai, erkölcsi, filozófiai stb.) érvekkel kell igazolni. Bár egyik út sem „tisztá”, Kelsen ezekből legalább kettőt alkalmaz, amikor azt elemzi, hogy egy alkotmány mit „szokott” tartalmazni, s amikor annak érvényességét a hipotetikus alapnormára vezeti vissza. Az egyik változat a tiszta jogtan leíró, a másik annak tudományos jellegét teszi kockára. Kelsen, szemben a bicegő logikát és rossz konceptuális érveket felvonultató Marshall bíróval, helyesen mutat rá, hogy az alkotmánybíráskodás igazolása nem mellőzheti a politikai érveket. Ezek után viszont meglepő, hogy az alkotmánybírósnak mindössze azt a szerepet szánja, hogy az alkotmánnyal ellenkező törvények megsemmisítésével őrkdjön a jogi hierarchia ellentmondás-mentessége felett. Holott az alkotmánybírósnak nem „váltóór”, aki a törvényhozást helyes „vágányra” tereli – miként Kelsenhez hasonlóan a pozitivisták francia doktrína tanította –, ha adott esetben úgy tűnik, hogy az letérne a „helyes” útról, hanem valami olyasféle ágens, aki maga is részt vesz a „vasútépítésben” és a „mozdonyvezetésben”.¹⁶⁹ Kelsen tehát nem jut el ahhoz a jogászai ésszel belát-

168. Kelsen: Ki legyen az alkotmány őre? 289–332. A szöveg elemzéséhez lásd Michel Troper: Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste, in Elisabeth Zoller (szerk.): *Marbury v. Madison 1803 – 2003. Un dialogue franco-américain / A French-American Dialogue*, Párizs: Dalloz 2003. 215–228.

169. Kelsen hangsúlyozza, hogy az alkotmányellenes törvény kifejezés értelem nélküli, ugyanis az érvénytelen norma, nem is norma (Kelsen: *General Theory of Law and State*. 155.). A normák ugyanis érvényesek és érvényteleníthetők (uo. 159.). Ám elképzelhető, hogy az alkotmány előírja: az alkotmánnyal ellenkező norma megsemmisíthető

ható, filozófia eszközökkel pedig bizonyítható és elemezhető érvhez, amely szerint az alkotmánybíróság valójában már akkor konstitutív tevékenységet végez, amikor kimondja, hogy mely normacsoport tekinthető alkotmánynak. Jó példa erre a francia alkotmánybíráskodást 1971-ben megteremtő nevezetes döntés, amely kimondja, hogy a preambulumok utalása révén a hatályos alkotmány magában foglalja a deklarációkban rögzített alkotmányos elveket is. S még inkább nyilvánvaló az értelmezés hierarchiaépítő jellege, ha azokat az eseteket nézzük, amikor az alkotmánybíróság meghatározza, hogy az alkotmányon belül mely alkotmányos értéknek vagy elvnek kell érvényesülniük a többivel szemben, s akkor is, amikor eldönti, hogy saját kompetenciájának határai hol húzódnak.

c) S végül, de nem utolsósorban, úgy tűnhet, hogy az értelmezés *latissimo sensu* értelme harmonizál leginkább Kelsen grandiózus vállalkozásának értelmével. Ekkor a következőképpen lehetne érvelni: a *Tiszta jogtan* maga egy értelmezésmélt; az elméletnek az a funkciója, hogy bemutassa az értelmezési sémák rendezett halmazaként felfogott jogon keresztül, milyen jogi jelentés tulajdonítható az ember alkotva világnak.

A *Tiszta jogtan* e holisztikus perspektívájában tehát bármi – akár a politikai döntés nyomán kialakuló véres valóság, akár a műalkotás kosztuálta képzelt világ – jogtudományi értelmezés tárgyává tehető. Ez azért van így, mivel a jog e „panteista” megközelítésében a jogtudomány tárgya, a tág értelemben vett jogalkotó (törvényhozó, bíró) tevékenysége olyan, mint a mitikus Midász királyé: bárhová „nyúl”, abból jog lesz, sőt még abból is, amihez nem nyúl, hiszen, mint a kor joghé-

akár a törvényhozás, akár az alkotmánybíróság, mint erre felhatalmazott szerv által. Az „alkotmányellenes jogszabályt” tehát érvényesnek kell feltételezni addig, amíg nem érvénytelenítik, vagy ki nem derül róla, hogy nem is volt érvényes soha, azaz nem is volt norma (uo. 161–162.). Ez azt is jelenti, hogy a kelsen elmélet keretei között az alkotmánybírási döntés egyszerre deklaratív és konstitutív.

zag-felfogásával szembehelyezkedő Kelsen állítja: jogmentes tér nem létezik. Mindennek ellenére túlzás lenne a *Tiszta jogtan*ba egy ennyire nagy ívű hermeneutikai vagy fenomenológiai vállalkozást belemagyarázni. Egyfelől azért, mert önmagában az, hogy a világ „nyers” tényeit jelentéssel ruházza fel, vagy azokat kvalifikálja, nem tekinthető értelmezésnek. Másfelől pedig azért – s ez még fontosabb állítás, mint az előző –, mivel a *Tiszta jogtan* alapvetően nem értelmezéelmélet, hanem episztemológia vagy metaelmélet, más szóval a jog ismeretelmélete és módszertana, vagy még rövidebben kifejezve: a jogtudomány elmélete. Ilyen értelemben pedig – mint az összes metaelmélet és tudomány – minden fajta hermeneutikai törekvéssel kifejezetten szemben áll.

Az értelmezés *latissimo sensu* értelme szerint tehát a *Tiszta jogtan* maga egy olyan értelmezéelmélet, amelynek célja az, hogy bemutassa, milyen jogi jelentés tulajdonítható a világnak az értelmezési sémák rendezett halmazaként felfogott jogon keresztül.¹⁷⁰ A tiszta jogtan „világ egységes jogi értelmezésére” tör: bármi, ami jogilag releváns, joggá lesz.¹⁷¹ A hús-vér ember normatív értelemben – állapítja meg Cohen nyomán Kelsen¹⁷² – jogok és kötelességek nyalábja, azaz jogi

170. Lásd például Paul Amsiek: *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Párizs: R. Pichon & R. Durand-Auzias 1964. A francia tudós e megközelítést mára már feladta. Újabb írásaiban inkább Jackson felfogásához közelít, amennyiben a beszédaktus-elmélet felé nyitja meg a tiszta jogtan teoretikus horizontját. Vö. például Paul Amsiek: *Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen*. 50 sk. A szemiotikus Jackson is fenomenológusként írja le Kelsent (*Making Sense in Jurisprudence*, Liverpool: Deborah Charles Publications 1996. 111.), és másfelől a fenomenológiát jelöli meg – igaz, csak egy lábjegyzet erejéig (*Semiotics and Legal Theory*, London: Routledge & Kegan Paul 1985. 323., 3. jp.) – elmélete egyik lehetséges folytatásaként.

171. Lásd például Kelsen: *General Theory of Law and State*. 161.

172. Manfred Pascher: *Az újkantianizmus gyakorlati filozófiája. Történeti bevezetés*, ford. Csátár Éva és Kulka Krisztián, Debrecen: Latin Betűk 1996. 123–125.

személy, akinek halála értelmezhető akár tényállásként (gyilkosság), akár szankcióként (az egzekúció különféle fajai, pl. villamosszék, vérbosszú vagy háború), s akinek összes cselekedete – pl. „leülés, felállás és kézfeltétel egy díszes épületben”, jótettek és bűnök – normatív értelmezés tárgya lehet. Voltak olyan Kelsen-követők is, akik e normatív metafizikát további „tisztítással” az „eideutikus tudomány” rangjára kívánták emelni.¹⁷³

Azonban Kelsen nem kötelezte el magát a fenomenológia mellett, s nem vett tudomást a hermeneutikai törekvésekről sem. Álláspontja, melynek elemei, például a pszichologizmuskritika, a transzcendentális logika, a hyletikus normafogalom, ugyan a husserli fenomenológia hatásáról is tanúskodnak, de a tiszta jogtan alapvetően mégis kantianus és a neokantianus maradt.¹⁷⁴ A félig átvett fenomenológia nyomán a tiszta jogtan ugyanakkor éppúgy nagyra törő, mint amennyire kezdetleges: azt próbálná elhitetni, hogy a világ „nyers” tényeinek történő jelentéstulajdonítás vagy azok kvalifikációja értelmezéstan lenne.¹⁷⁵ S míg e felé tesz lépéseket, Kelsen valódi törekvése éppenséggel ennek az ellenkező irányú volt. Nevezetesen az, hogy megalkossa a jogtudomány

173. Vö. Giuliani Stella: Hans Kelsen and Edmund Husserl, in Letizia Gianformaggio (szerk.): *Hans Kelsen's Legal Theory a Diachronic Point of View*, Torino: G. Giappichelli Editore 1990. 11–47.; Edgar Bodenheimer: *Phänomenologie und Rechtsquellenlehre*, in Thomas Wüntenberger és mások (szerk.): *Phänomenologie, Rechtsphilosophie, Jurisprudenz. Festschrift für Gerhart Husserl zum 75. Geburtstag*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann 1969. 72–92.

174. Vö. Michel van de Kerchove: *Les deux versions de la théorie kelsenienne des conditions de validité d'une norme juridique. Contribution à l'étude des présupposés épistémologiques de la Théorie pure du droit*, (doktori dolgozat) Louvain: Université Louvain 1970. 182. Van de Kerchove Kant, Rickert és Husserl hatását Kelsen érvényesség-elméletében tárja fel.

175. Paul Amselek: *Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen*. 41–42.

elméletét. Ez pedig, a legjobb formájában viszont pontosan szembefut a hermeneutikai vagy fenomenológiai irányzat fel-fogásával.¹⁷⁶

4.4. Összegzés

Talán Perelman volt az, aki a legkövetkezetesebben mutatta ki, hogy a *Tiszta jogtan* nem vet számot azzal, amit a jogászok valóban tesznek, nevezetesen: a jogászi érveléssel.¹⁷⁷ Néhányan, talán a kelsen-i életmű iránti tisztelet miatt, az eredeti keretek elvetése helyett e hiányosságot például a perelmanni retorika pragmatikájával egészítenék ki, úgy ahogyan azt egy neves francia jogfilozófus teszi.¹⁷⁸ A „módszertani nihilizmus” árulkodó jele, hogy a *Tiszta jogtan* és az ahhoz hasonló jogi pozitivisták tanok nem képesek többre, minthogy megállapítsák, a jogi norma egy kitöltésre váró keret.¹⁷⁹

Abban igaza van Kelsennek, hogy a jogtudósoknak nem feladata, hogy adott esetre előírja az „egyetlen helyes” választ s az sem, hogy elhitesse, „a törvény konkrét esetre alkalmazva mindig csak egyetlen helyes döntést eredményezhet, és e döntés pozitív jogi helyessége magán a törvényen nyugszik”.¹⁸⁰ De ebből az igazságból nem következik, hogy a jogi diskurzus résztvevői (ügyvédek, bírák, ügyészek stb.) maguk ne törekedhet-

176. A hermeneutika (Schleiermacher) és a tudomány (Comte) szembenállása az újabb elméletekben feloldódni látszik, méghozzá a tudomány rovására. Lásd erről a *Hermeneutika és a természettudományok* című gyűjteményes kötet tanulmányait (szerk. Schwendtner Tibor, Ropolyi László, Kiss Olga, Budapest: Áron 2001).

177. Chaïm Perelman: *La Théorie Pure du droit et l'Argumentation*. 227–229.

178. Paul Dubouchet: *Sémiotique juridique. Introduction à une science du droit*, Párizs: P.U.F. 1990. 204–205.

179. A kifejezés Adomeit-től származik. Idézi Heinz Meier: *Rechtstheorie und Rechtspraxis*. 325.

180. Kelsen: *Tiszta jogtan*. 53.

nének és törekednének arra, hogy az adott ügyben megtalálják a helyes választ. Ha a pozitív jog tárgya a jogdogmatikának, a jogtudománynak és a jogelméletnek, akkor e diszciplínának arra is ki kell térniük, hogy e jogászai tevékenység milyen szabályok szerint zajlik. A jogdogmatikai elemzés célja – amit egyébként Kelsen a jogtudománynak tud be¹⁸¹ – valójában egyfelől nyilvánvalóan az, hogy a jogi fogalmakat formálisan elemezze, de másfelől viszont az is, hogy bemutassa, a jogászok e fogalmakat miként töltik meg tartalommal.

S mégha a jogtudós egy partikuláris jogrend egyedi normájának specifikus tartalmáról nem is mond semmit (hiszen általános és formális megközelítésről van szó), arra tehát, hogy ez a tartalom miként születik meg, vizsgálódása igenis kiterjed. Lehet, hogy a jogrendszert alapvetően az akarati aktusok határozzák meg, de az értelemnek kell, hogy maradjon „hely” ezen a területen is, különben az akarati aktusok halmazát nem is lehetne „rendszernek” nevezni. A jogtudós tehát rekonstruál, és ha az empirikus tudományt tekinti eszménynek, akkor falszifikálható tudományos tételeket fogalmaz meg; ha pedig a gyakorlati filozófia mellett kötelezi el magát, akkor pedig olyan filozófiai érvrendszer-rekonstrukciót dolgoz ki, amelynek megcáfolása a filozófiai eszköztár segítségével lehetséges.

A társadalomtudományi értelmezés kidolgozásakor a jogtudós feladata nemcsak az, hogy bemutassa, az emberi magatartásoknak tulajdonítható normatív jelentés, hanem az is, hogy ez az értelmezés miként játszódik le, és miért elsődleges más értelmezési formákhoz képest. Kelsennek arról is számot kellene adni, hogy, amennyiben az érvényesség kötelező erőt jelent, a társadalom (intézményei és annak gyakorlata) normatív értelmezése egyúttal kötelező-e és fel kell oldania az anarchista dilemmáját, ami abból fakad, hogy nem kizárt olyan

181. Kelsen: Préface, viii–ix.

belső nézőpont sem, amely elveti a normatív értelmezési séma kötelező jellegét.¹⁸²

A kelsen jogértelmezéstan elemzése után a három egymástól elválasztott perspektívát most már újra egybefoghatjuk. Ez kézenfekvő, hiszen egy elméleten belül a társadalomtudományi, a jogelméleti és a jogdogmatikai értelmezési formák között szükségszerű kapcsolat van.

A jogi diskurzus szereplőinek a célja az, hogy az adott esetre megtalálják a „helyes” választ, s a lehetséges alternatívák közül a hatáskörrel rendelkező autoritás választja ki majd a megfelelőt. A leíró jellegű jogelmélet számára releváns jogértelmezéstan tehát felöleli az előíró diskurzusnak tekintett jogdogmatikai értelmezést. A jogalkalmazói döntést, szociológiai szemszögből nézve, kauzális viszonyok határozzák meg, ám a jogelméleti nézőpontból viszont azt látjuk, hogy az alkalmazandó jogszabály a döntés igazolásának szerepét tölti be.¹⁸³ Ez a felfogás nem zárja ki a normahierarchia létezését: a hierarchiaépítést és a hatáskör-meghatározás az értelmezési tevékenység része. A legtágabb értelmű társadalomtudományi értelmezés számára kiindulópont az a belátás, hogy a társadalmi gyakorlat résztvevői cselekvéseiknek számtalan módon tulajdoníthatnak értelmet. Ám az a tény, hogy egy cselekvő megérti, hogy mit tesz, nem jelent feltétlenül értelmezési tevékenységet, hiszen „(A)z értelmezés egyfajta gondolkodás, cselekvés; a látás állapot”.¹⁸⁴ A Kelsen által modellnek tekintett természettudományos „jelentés-tulajdonítási” eljárást nem feltétlenül lehet és kell „értelmezésnek” nevezni, és nem fel-

182. Még a jogának kötelező erejét elutasító anarchista is (mint jogász) le tudná írni a jogot (mint az érvényes jog rendszerét). Lásd Kelsen: *Reine Rechtslehre*. 224., 2. jp.

183. Vö. Chaïm Perelmann: *La justification des normes*, in *Human Sciences and the Problem of Values / Les sciences sociales et le problème des valeurs*, The Hague/La Haye: 1971. 47–54.

184. Ludwig Wittgenstein: *Filozófiai vizsgálódások*, ford. Neumer Katalin, Budapest: Atlantis 1998. 308.

tétlenül szükséges sem a kauzalitást, sem pedig a beszámítást *a priori* kategóriaként felfogni. A jogi relevanciájú társadalomtudományi értelmezés tárgyai ugyanis azok a nyilvános jellegű értelmezési formák és kollektív reprezentációk, amelyek a társadalmi gyakorlat cselekvőinek értelmezési tevékenységéhez kapcsolódnak. Az, hogy ez az értelmezési forma miként kapcsolódik az előző kettőhöz, további kutatások elvégzésére ösztönző probléma. Úgy tűnik, hogy olyan probléma ez, aminek feloldását a *Tiszta jogtan* által meghatározott szabályok inkább gátolják, mintsem hogy előrelendítenék.

II. A konstitucionalizmus archeológiája

1. Az alkotmánybíráskodás kezdetei Franciaországban: az „igazságosság ágya”

Franciaországban az alkotmányvédelem bírói úton történő gyakorlását igazoló tanokkal összefüggésben a kételyek mind a mai napig igen erősek. Ennek az egyik fő oka az általános akarat megbonthatatlan egységét hirdető és a francia alkotmányban megváltoztathatatlan formában megjelenített republikánus ideológia. Ilyen szemszögből is érdekes, hogy Georges Vedel, a vezető alkotmányjogász az intézményt a republikanizmus elterjedését megelőző középkori előzményekre visszautalással vette védelmébe, annak előrebocsátása mellett, hogy a címben szereplő „igazságosság ágya” (*lit de justice*) metafora nemcsak igazolja, hanem korlátozza is az alkotmánybírásgot: arra szolgál, hogy az alkotmánymódosítás lehetőségét mint egy vitatott alkotmánybírásgai döntésre adott választ fenntartsa az alkotmányozó hatalom részére.¹

Ha azonban az alkotmányozó hatalom materiális korlátozásának elméleti igazolását keressük, úgy a megoldást feltehetően nem az önkorlátozást javasló pozitivista szerzőknél, hanem sokkal inkább a természetjogászoknál találhatjuk meg.²

1. Lásd pl. Georges Vedel: Schengen et Maastricht. (A propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991), *Revue Française de Droit Administratif* 8 (1992) [Mars-Avril]. 173–180.

2. Lásd Marie-Françoise Rigaux: *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Brüsszel: Larcier 1985.

A természetjog ezen igazolási jellegű funkciója aligha ismeretlen a nemzetközi közjogászok és még kevésbé a többes revízió problémájával bíbelődő alkotmányjogászok között. A francia irodalomban Georges Vedel az egyik legismertebb, aki tárgyalta a revízió problémáját még a IV. Köztársaság idején.³ Most viszont nem ezzel a kérdéssel foglalkozunk, hanem azazal a metaforával, amit Vedel ugyancsak a revízió igazolására használt fel.

A Vedel nevéhez fűződő tanban az „igazságosság ágya” eljárásra hivatkozás arra szolgál, hogy – ugyan közvetlen materiális-természetjogi referencia nélkül, de – igazolja az alkotmánymódosítás hatalmával felruházott szervnek az alkotmányt értelmező intézmény döntésére vonatkozó „válaszolási jogát”.

De mi is volt ez a procedúra eredetileg? A *lit de justice*-re a leggyakrabban Párizsban és Versailles-ban került sor.⁴ A király rendszerint csak akkor utazott, ha ediktumainak bejegyzését számos helyi parlament megtagadta. (Mindössze emlékeztetőül: a hatalmi ágak elválasztását nem ismerő középkori közjogban a parlamentnek igazságszolgáltatási, jogalkotási és végrehajtási funkciója is volt.) A király kanapéhoz hasonló ágyát (*lit*) különféle, az igazságszolgáltatást is szimbolizáló kellékek díszítették (*draps de parement*). Az emelvényre felhelyezett kanapé mögé függönyt állítottak fel. Az ágyat párnákkal rakták tele, és takaróval ékesítették. A király ezen helyezkedett el, és ez választotta el őt a parlament tagjaitól is. A *lit* szó először pusztán erre a kanapészerű ágyra utalt, és csak később jelent meg a „felállítani az igazságosság ágyát” (*faire le lit de justice*) kifejezés, ami idővel tovább alakult, oly módon, hogy azt

3. Georges Vedel: *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Párizs: Sirey 1949. 117.

4. Az intézményről lásd elsősorban Sarah Hanley: *The Lit de Justice of the Kings of France. Constitutional Ideology in Legend, Ritual and Discourse*, Princeton: Princeton University Press 1983. 3–13.; 329–344.

mondták, „a király a parlamentben »igazságosság ágyát« tartott (*tenir le lit de justice*)”.

A középkori alkotmányosság mítoszának jót tett, hogy erre az ágyra nemcsak akkor ült a király, amikor „igazságosság ágyát” tartott, hanem máskor is. A rendekkel folytatott párbeszéd (vagy inkább: alkotmányos vita) lefolytatása mellett a király ezen az ágyon ült akkor is, amikor a parlament a király jelenlétében tartotta ülészeit (*royal séance*), avagy az előke-lők büntetőügyében kellett döntenie. Így aztán nem volt ne-héz megteremteni a reneszánsz idején azt a mítoszt, hogy az „igazságosság ágya” a középkori alkotmányból levezetett intéz-mény, hiszen a feljegyzésekben újra és újra feltűnt a kifejezés – igaz, jogi értelemben a legkülönbözőbb eljárásokra utalva ezzel. Később az eljárás a rendek kezében a legfontosabb al-kotmányos fegyverré vált, s létezésének alkotmányos érvekkel való körülbástyázása közvetlen politikai célt szolgált, hiszen a rendek a szuverén korlátozására, sőt – bizonyos esetekben – akaratának végső letörésére is felhasználták az eljárást.

A király tehát a szuverén; szuverenitása pedig a törvény-hozói mellett törvénykezési funkciót is felölelt. A helyi parla-ment mint bírói és törvényhozó fórum a királynak volt aláren-delve, ám ebből az alárendelt szerepből adott esetben hirtelen kilépett és alkotmányvédő szervvé vált, legalábbis addig, amíg a király meg nem jelent a színen a maga testi valójában.

A király különleges státuszának egyik árulkodó bizonyítéka az volt, hogy amikor belépett a parlamentbe, mindenkinek, még az ott székelő bírácoknak is el kellett hallgatnia (*adveniente principe, cessat magistratus*).⁵ A király testi jelenléte tehát fontos jogi tény volt. A „két test” elmélet egyébként ugyancsak összekapcsolódik az „igazságosság ágyának” intézményével⁶: „meghalt a király, éljen a király!”; „a király mindig nagyko-

5. Uo. 215 skk.

6. A király két testének metaforájáról lásd Kantorowitz klasszikus munkáját: *The King's Two Bodies: A Study in Medieval Political Theology*, Princeton: Princeton University Press 1957.

rú” jogi fikciók azt fejezték ki, hogy a király ugyan váltakozó testekben lakozhat, a szuverenitása viszont állandó: az egyedi király tehát lehet gyermek, avagy eltávozhatsz ugyan az élők sorából, de a legfőbb igazságszolgáltatási funkciót reprezentáló király, a *persona ficta* létezik továbbra is. A két „ágy” (már-mint a „halálé” és az „igazságosságé”) néha nem is volt olyan messze egymástól. Az új király rendszerint már a temetési szertartás megkezdése előtt „igazságosság ágyát” tartott, s ennek keretében a parlament elnökei nem is öltötték magukra a gyászruhát, hanem maradtak a vörös posztó ruhájukban.⁷

Másfelől viszont a helyi parlament mint hatalmi centrum is állandó volt. A jogi regula szerint ugyanis a parlament „nem megy szabadságra” (*parlamentum Franciae non servat series*).⁸ A szuverenitást megtestesítő király a misztikus test feje, s alattvalói pedig e test részei. A fejre tartozik, hogy döntsön a tagok javáról, és hogy kifejezze e misztikus test (a nemzet) legmélyebb akarát, amely nem feltétlenül ugyanaz, mint az aktuális akarat. A parlament létezésének feltétele a Király, de az egyre inkább függetlenedésre törekvő parlament viszont – az Általános gyűlés, a *Parlamentum*, a frank nép, és a Király valószínű tanácsának örököseként – azt követelte, hogy a király jelenléte nélkül döntsenek és szavazzanak. A misztikus test metaforájának lényeges eleme volt, hogy a szuverén nem különül el attól a politikai közösségtől, amelynek vezetése rá van bízva.⁹

Ha a királyi és a rendi akarat egymással szembekerült, a parlament rendszerint négy-nyolc ellentmondásig (*jussion*)

7. Vö. *Et du lict funèbre de son pere il s'eleva à son lict de justice*. Párizs: Bibl. Mazarine, MS 4395. Fol 1. Idézi Kantorowitz: *The King Two Bodies*. 414., 332. jp.

8. *Maxima Grassaille, Regalia Franciae, I, Ius XII. Ad quartum*. Párizs: 1545. 120. Idézi Kantorowitz: *The King's Two Bodies*. 418.

9. Ezt az érvet használja fel Maritain is a klasszikus szuverenitás tanok kritikájához. Lásd A szuverenitás fogalma, ford. Tattay Szilárd, in Takács Péter (szerk.): *Államtan*. 615–633.

bírta a szembeszegülést. Ezután a szuverén „igazságosság ágya” ceremóniát tartott. A Parlamentben már díszes ruhákban várták a királyt, aki államtanácsosokkal és díszes kísérettel (testőrök, kardinálisok, hercegek stb.), a kancellárral, az igazságügy miniszterével (*garde des sceaux*) – vagyis a végrehajtó hatalom és a két rend vezetőivel – körülvéve érkezett. A király levette, majd visszahelyezte a fejfedőjét. Engedélyt adott a kancellárnak, hogy kifejezze az ő akaratát, aki miután térdet hajtott, bemutatta a kialakult helyzetet, s elmagyarázta a király szándékát és akaratát. A parlament képviselője erre válaszolt. A kancellár felolvastatta az írnokkal (*greffier*) az ediktumot, majd megparancsolta a „király embereinek”, hogy fejtsék ki álláspontjukat és érveiket. Majd visszatért a helyére. Végül kihirdette az álláspontot, valami ilyesféle cirkalmas formában:

„A király az igazságosság ágyán székelve elrendelte és elrendeli eme nyilatkozatot, amelyet felolvastak, s amelyet a parlament írnoka bejegyez, hogy az (megfelelően) legyen végrehajtva... az összegyűjtött példányokat küldjék ki a bíróságoknak és az e feladattal megbízott királyi törvényhozói hivatalnak, hogy ezek hasonlóan elolvassák, közlétegyék és bejegyezzék (s ezt)... a bíróság igazolja.”¹⁰

Az abszolút monarchia rendelkezéseit a helyi parlamentek kötelesek voltak bejegyezni, s ennél az aktusánál fogva a jogszabály végrehajthatóvá vált. A király a családjából származó herceget (*principe du sang*) és a tartományi kormányzót elküldte, hogy a rendelkezésének bejegyzését (*enregistrement*) elvégezzék. Amennyiben a helyi parlament nem volt hajlandó azt regisztrálni, úgy maga utazott oda, és a rendelkezés ezen aktus tényénél fogva végrehajthatóvá vált. A 18. századtól kezdve a parlamenti „igazságosság ágya” eljárás után, a ki-

10. Flammeront *Remontrances*, II. 312. Idézi Roland Mousnier: *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*, II. Párizs: P.U.F. 1980. 379.

kényszerítendő rendelkezés bejegyzése elleni tiltakozásul is összegyűlt, hogy azt mint (a szokásjogi alapon működő) alkotmányba ütköző rendelkezést semmissé nyilvánítsa. A király és a királyi tanács viszont éppen ellenkezőleg érvelt: az ellenálló parlament ezen eljárását tekintette a szokásjogi alkotmányba ütközőnek.¹¹ A konfliktus gyakorlatilag ugyanaz, mint aminek Anglia volt tanúja kicsivel korábban, s akár a Bonham-ügyben is elhangozhatott volna az, amit XV. Lajos a renitenskedő bíróságoknak (parlamenteknek) címzett egyik beszédében:

„A bíróságok nem alkotnak testületet (*corps*); sem a királyság három rendjétől elválasztott önálló rendet; a bírák hivatalnokok, akiknek az a valóban királyi feladatuk, hogy igazságot szolgáltatassanak... Én vagyok egyedül az, akinek bíróságaim köszönhetik létezésüket és tekintélyüket, amelyet csak az én nevemben gyakorolnak, továbbra is az én nevemben.”¹²

Mint már említettem, a kortárs alkotmányjogi felfogások az „igazságosság ágya” metaforát arra használják, hogy az alkotmányozó hatalom alkotmánykontrollt végző szerv feletti primátusát igazolják. Ez a metaforahasználat az igazolási elméletben azonban nem problémamentes.

A problematikus jelleg egyfelől a fent leírt történeti háttérből fakad. A szuveréntől elválasztott „alkotmányozó hatalom” fogalomnak ugyanis kizárólag írott alkotmány esetében van létjogosultsága, mivel íratlan (vagy történeti) alkotmány esetében a szuverén és az alkotmányozó hatalom nem válik el egymástól. (Ez volt a helyzet a középkori Magyarországon, de említhetnénk példaként a jelenlegi Izrael alkotmányos berendezkedését is.) Az alkotmányozó hatalom „választási jogának” kérdése ezért nem is merülhet fel problémaként.

A másik problematikus pont az, hogy a régi rend nem ismerte a hatalommegosztás elvét: a szuverénként fellépő ki-

11. Uo. 378. sk.

12. Idézi Mousnier: *Les institutions de la France*.

rály, valamint a parlamentek egyszerre láttak el törvényhozói és bírósági funkciót is. Így azonban az alkotmánybíráskodás igazolásával összefüggő legfontosabb kérdés aligha vethető fel. Azaz, amennyiben a hatalmi ágak nincsenek megosztva, úgy az alkotmánykontrollt végző szerv éppannyira tekinthető egy pozitív vagy „negatív”¹³ törvényhozónak (második kamara vagy elkülönült alkotmánybíróság), mint egy rendes vagy közigazgatási bíróságnak.

2. Az alkotmányozó hatalom és az alkotmányos esküdtszék (Sieyes)

Az alkotmányosság megszületése néha egybeesik az alkotmánybíráskodás eszméjének megszületésével, néha pedig nem. Ha az alkotmánybíráskodás dogmává lesz, akkor visszatekintve néha úgy teszünk, mintha mindig is lett volna, csak hogy így igazolhassuk a fennállót. Az „igazságosság ágya” ceremónia léte pusztán azt igazolta, hogy valaki fellépett az alkotmányosság védelmében. Az, hogy végülis a király (később a parlament) avagy a nemesség (helyi parlament, később az alkotmánybíróság) védi valójában az alkotmányt, már vitatott. A francia alkotmányos kultúrában is akkorra lesz akut a kérdés, amikor a hatalommegosztás tana axiómává merevedik. Mindehhez jön még az is, hogy a forradalmárok mechanikus-determinista jogi világnézete szerint az alkotmány külső garanciák nélkül érvényesülő norma. Az alkotmányosság univerzumában ugyanis az erők és ellenerők hatásának eredőjeként a hatalmi centrumok önmaguktól a helyes pályára állnak. Ehhez mindössze egy alkotmányozó hatalom kell, aki betölti az „első mozgató” szerepét. Szemben tehát a régi rend alkotmányos

13. Vö. Paczolyai Péter: Hans Kelsen és az alkotmánybíráskodás európai modelljének fejlődése, in Cs. Kiss Lajos (szerk.): *Hans Kelsen jogtudománya. Tanulmányok Hans Kelsenről*, Budapest: Gondolat Kiadó 2007. 446–467, kül. 458. sk.

felfogásával az alkotmány most már minden kétséget kizáróan egy norma, s nem pedig egy történetileg kialakuló és nehezen azonosítható tény. Az alkotmány és az alapjogok érvényesítéséhez azonban bírói fórum nem volt szükséges, mivel az megosztotta volna az általános akaratot, amelynek egységét maga a forradalom tűzte ki célul. Rousseau nyomán az alkotmányos normakontroll kisebbségvédelmi funkcióját sem lehetett érvényesíteni, mivel az általános akarat – amitől nem válhat el a képviselő akarat – sohasem tévedhet. Ha valaki kisebbségben marad, ez azt jelenti, hogy téved, avagy a közakarat helyett saját akaratát kívánja érvényre juttatni.

E konstrukciót nevezi Dominique Rousseau „hatalom-megosztás-alkotmánynak”, amelyet ma már a „jogosultságérvényesítő-alkotmány” kellene, hogy felváltson. A francia alkotmányelmélet legfontosabb szerzője, Sieyes abbé volt az, aki szinte elsőként kelt az alkotmánykontroll bírói védelmére.¹⁴ Mint tudjuk, eredménytelenül.¹⁵ Elméletéből ízelítőt adhat két fontos írása, a „Mi a harmadik rend?” (*Qu'est ce que le Tiers-État?* [1789]) című politikai pamflet, ahol az alkotmányozó hatalom tanát fejti ki, s a VIII. évben készült az alkotmányos esküdszékről szóló tervezete.

Az abbé a III. év Thermidor 2-án előadott beszédében az alkotmányozó hatalom tanára már úgy utal vissza, mint 1788-ban – tehát pamfletjének megjelenési évében – kidolgozott francia találmányra. Ez azonban – miként Lafayette emlékirataiban is megjegyzi – nem igaz, mivel az 1787-es amerikai alkotmány, valamint a philadelphiai nyilatkozat már ismerte ezt a megkülönböztetést.¹⁶ S nyilvánvaló, hogy az alkotmányozó hatalom felett álló természetjog gondolata a *common law*-ból ered. Nem kevésbé „angol megoldás” Sieyesnél az,

14. Sieyes vonatkozásában lásd Marco Goldoni: *La dottrina costituzionale di Sieyès*, Firenze University Press 2009.

15. Vö. Carl Schmitt: *Théorie de la constitution*, ford. Lilyane Deroche, Párizs: P.U.F. 1993. 213. sk.

16. Vö. Michel Troper: *Terminer la Révolution*, Párizs: Fayard 2006.

hogy szerinte a normakontrollt egy méltányosságot alkalmazó fórumnak, az alkotmányos esküdtszéknek kell gyakorolnia.¹⁷

Térjünk vissza az alkotmányozó hatalom kérdéséhez! Az alkotmányozó hatalom Sieyes szerint a harmadik rend, a harmadik rend pedig maga a nemzet, amely pedig „egyetlen közös törvény alatt élő és ugyanazon törvényhozó által képviselt társultak teste (*corps d'associés*)”.¹⁸ Az alkotmány a harmadik rend rendje (*ordo*),¹⁹ s a politikai test működéséhez alkotmányra azért van szükség:

„egy testet (*corps*) nem lehet alkotni úgy egy meghatározott cél érdekében, hogy annak ne adnánk szervezetet, formát és saját törvényeket azon funkciók ellátása végett, amiért azokat fel kívánták állítani.”²⁰

Ahhoz, hogy a közös törvény valóban összekösse a nemzet tagjait, a tagoknak hasznosnak kell lenniük. Valaki akkor hasznos, ha dolgozik (javakat állít elő) vagy *közfunkciót* (*fonction publique*) tölt be. A másik két rend ilyen szempontból haszontalan, s valójában a papság nem is rend (*ordre*), hanem hivatás (*profession*). A nemzet tagjának nem lehetnek privilégiuma, hiszen így nem járul egyenlően hozzá a törvények megalkotásához.²¹ A privilégium ugyanis a közös törvény alóli kivételt jelent.²² A közös törvények csak képviselet útján alkothatóak meg. A polgári és a magánjogok (*droits politiques et civils*) az

17. A common law Sieyes-re gyakorolt hatásáról lásd Pascal Pasquino: *Sieyes et l'invention de la constitution en France*, Párizs: Odile Jacob 1998.

18. Sieyes: *Qu'est ce que le Tiers-État?* 13.

19. Uo. 19.

20. Uo. 109.

21. Uo. 17.

22. Uo. 18. Érdekességgént jegyezzük meg, hogy a belső ellenség (a két másik rend) ilyen formában történő azonosítása ugyanannyira inspirálta Marxot, mint Carl Schmittet. Vö. Pasquino: *Sieyes et l'invention de la constitution en France*. 14.

állampolgársági minőséghez tartoznak.²³ Minden választói (*electeur*) kritériumnak megfelelő állampolgár jogosult arra, hogy képviselve legyen. E jogot mindenki egyenlően gyakorolja, s mindenkit ugyanaz a törvény védelmez. A társadalmi szerződést mindenki köti mindenkivel, és nem pedig a rendek egymással. A megbízó nem köthet ugyanis szerződést a megbízottal.²⁴ A másik két rend, a nemesség és a papság nem követhet más érdekeket, s a törvény erejénél fogva ugyanazon jogokkal kell, hogy bírjanak, mint a harmadik rendet alkotó polgárok.²⁵ A történeti séma szerint a nemzet mindenekelőtt létezik és mindennek az eredete. Akarata mindig törvényes, ő maga a törvény; előtte és felette csak a természetjog van. Ha nincs alkotmánya, akkor csinálnia kell egyet, s erre csak a nemzetnek van joga.²⁶

A köztársaság három fázisban jön létre. Először egy több-kevésbé nagyszámú, elszigetelt, egyesülésre vágyó egyén van. Ők már ettől a ténytől fogva nemzetet alkotnak; minden joguk megvan; ezeket csak gyakorolni kell. Ám ezt az első időszakot az egyéni akaratok játéka jellemzi, ezért szövetkezni kell. Minden hatalom innen ered. A második szakaszt a közös akarat cselekvése jellemzi. A társultak állandóságot kívánnak adni egyesülésüknek, s meg kívánják valósítani a céljukat. A hatalom átszáll a közre; de az egyéni akarat mindig megmarad mint forrás. Az egyéni akaratok, egyenként számítva viszont semmilyen hatalmat nem alkotnak. A közösségnek egyesített és egységes akaratra van szüksége, de ezen a közös akaraton kívül az egésznek nincsen semmilyen joga. A társuló

23. Sieyes: *Qu'est ce que le Tiers-État?* 47.

24. *Uo.* 70 sk. A szigetország e tekintetben nem lehet modell – írja az abbé. Ott a nemeseket az alkotmány ruházza fel törvényhozó hatalommal, és a lordok nem alkotnak önálló rendet. Angliában egyetlen rend van, ez pedig a nemzet. A privilégium ott – Franciaországgal ellentétben – a közfunkcióhoz kapcsolódik: lehet, hogy a Peer-nek van egy privilégiuma, de ebből nem következik, hogy a bátyjának is lenne. *Uo.* 89.

25. *Uo.* 90.

26. *Uo.* 105.

egyének azonban sokan vannak, és túl nagy területen élnek. A közös – vagy nemzeti akarat – nem gyakorolható, ezért azt néhányukra bízják. A harmadik fázisban a kormányzat megbízotti hatalmat gyakorol (*gouvernement exercée par procuration*), ami azt jelenti, hogy a közösségnél marad a közös akaráshoz való jog (*droit de vouloir*).

A delegáltakra csak a hatalom egy része száll át, és tiszteletben kell tartaniuk azokat a határokat is, amelyeket a delegáció során kijelölnek a számukra. A második és a harmadik szakasz közötti különbség az, hogy az előbbi esetben valóságos közakarat (*volonté commune réelle*), az utóbbi esetben pedig képviselő közös akaratról van szó (*volonté commune représentative*). A képviselő akarat nem teljhatalmú és korlátlan, hanem mindössze része az előbbinek, hiszen a delegáltaknak nincsen saját joguk, mert mindig mások jogát gyakorolják. A képviselőkre bízott közakarat annyiban gyakorolható, amennyiben azt a nemzet nekik megadta: „Ilyen konstitutív forma nélkül nincsen semmi; (a képviselő) nem cselekszik, nem irányít, nem parancsol másoknak.”²⁷ Ha az alkotmányos előírásokon túllép a kormányzat, illegálissá válik.

A kormányzat legitimációjának a forrása a nemzet mint alkotmányozó hatalom. Az alkotmányozó hatalom kétféle alkotmányos törvényt alkot. Az egyik fajta a törvényhozó test szervezetét és funkcióit határozza meg, a másik az aktív testét (*corps actif*), vagyis a törvényhozó működését. A törvények azért „alapvetőek” (*lois fondamentales*), mert a test ezek révén létezik és cselekszik. Nem azért alapvetőek tehát, mert azt a képviselők alkották meg; a törvényhozó hatalom valójában delegált:

„az alkotmány minden egyes része az alkotmányozó hatalom (*pouvoir constituant*) és nem pedig a megalkotott hatalom (*pouvoir constitué*) műve. Egyetlen delegált hatalom, így a törvényhozó sem változtathat a delegálás feltételein.”

Mint említettük, az alkotmányos esküdszék (*jury constitutionnaire*) gondolatát Sieyes az 1788-as pamfletből eredezteti. Az esküdszék a törvényhozó háromhuszad részéből összeálló képviseleti szerv lenne, amelynek a feladata az lenne, hogy megítélje a törvényhozó által elkövetett alkotmány sértést.²⁸ Az „esküdt”, írja az abbé, az, aki „véleményét a lelkiismerete és legbelső meggyőződése alapján adja”.²⁹ A tervezet valódi inspirációs forrása az 1776-os pennsylvaniai alkotmány volt, ahol valamiféle cenzori intézmény hétévente egyszer megvizsgálta, hogy a törvényhozó és a végrehajtó hatalom tiszteletben tartotta-e az alkotmányt. Ha egy törvényt alkotmányellenesnek talált, akkor vagy felkérte a törvényhozót a törvény hatályon kívül helyezésére, vagy összehívhatta és instruálhatta az alkotmányrevíziót végző bizottságot. Ez a konstrukció mindössze 1791-ig élt, amikor az említett bizottság a massachusettsi alkotmányhoz hasonló új dokumentumot fogadott el.³⁰

Sieyes nem ad választ arra a kérdésre, hogy az alkotmányozó és megalkotott hatalom elválasztásából miért következne szükségszerűen egy ilyen esküdszék felállítása. Nagyjából az érvelés a következőképpen rekonstruálható.

Az alkotmányozó hatalom a nép, s ez a hatalom felőleli az alkotmánymódosítás (*revoir la constitution*) jogát is, ami lényeges és íratlan jog (*droit essentiel et imprescriptible*). Mivel az alkotmány nem maradhat örökre ugyanaz, úgy a revízióra érdemes meghatározott időszakokat kijelölni. Ebből a célból kell felállítani egy testületet (*corps*), amelynek speciális feladata az, hogy összegyűjtse az anyagokat a következő felülvizsgálathoz.³¹ Az „alkotmányos esküdszék” sem a bírói szervezethez, sem a kormányzathoz, sem pedig a törvényhozáshoz nem tartozna. Inkább, írja az abbé, az egész kiegészítője vagy

28. Troper: *Terminer la Révolution*. 200. sk.

29. Uo. 209.

30. Uo. 204.

31. X–XI. cikk in Pasquino: *Sieyes et l'invention de la constitution en France*. 195.

függeléke lenne. Az esküdtszéken belül létrehozott, minden tízedik, avagy sorshúzással kiválasztott tíz vagy tizenegy személyből álló tanács pedig a méltányosság alapján döntene, ha nincsen alkalmazható jogszabály, avagy ha az adott jogszabály alkalmazása az ő lelkiismeretüknek nem felel meg.³²

A javaslatot végül elvetették, mondván, hogy az intézmény túlságosan is politikai jellegű lenne, és előbb-utóbb valamegyik politikai párt kezébe került volna.³³ Madame Staël igen energikusan fejezte ki a javasolt intézménnyel szembeni ellenérzését: „A valódi alkotmányos esküdtszék, az egyetlen hatalom, ami minden más felett áll, a nép akarata, amely az újabb választásokon fejeződik ki.”³⁴

Pasquino egybeolvasva a két sieyesi dokumentumot, a javasolt intézményt a normakontrollt gyakorló alkotmánybíráskodás előfutáraként értékeli, amely az alkotmánynak a törvény felettségére és a norma-hierarchia tanára épül. Az alkotmány őrének ugyanis legalább két funkciót kell ellátnia: ellensúlyozni a törvényhozó hatalmat és az értelmezés, valamint alkotmánymódosítás révén alkotmányos dinamikát kell vinnie a rendszerbe.³⁵ Az esküdtszék Troper érvelése szerint viszont nem tekinthető alkotmánybírósnak, mégha maga az abbé sokszor a bíróságokhoz, például a Semmítőszékhez hasonlította azt. Pl. az esküdtszék végzései (*arrêts*) olyanok, mint az ítéletek (*jugements*).³⁶ Ám az esküdtszék nem törvényhozó által alkotott törvényeket, hanem csak az egyik vagy másik tanácsnak (például a Vének Tanácsának) aktusait vizsgálhatná felül. A vizsgálat pedig nem tartalmi, hanem kizárólag procedurális,

32. Vö. Edmond de Beauverger: *Étude sur Sièyes, Revue de Législation et de Jurisprudence* (1851) Avril. 18.

33. A. Saint Girons: *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Párizs: L. Larose, Libraire-Éditeur 1881. 560.

34. Germaine Staël szavait idézi Marcel Gauchet: *La Révolution des pouvoirs*, Párizs: Gallimard 1995. 206.

35. Pasquino: *Sieyes et l'invention de la constitution en France*. 12. sk.

36. VII. in uo. 194.

vagyis a Deklarációban felsorolt jogosultságok vizsgálata nem tartozik az esküdtszék hatáskörébe. Az, hogy nem jogi, hanem politikai szervezetről van szó, jelzi, hogy az alkotmány felülvizsgálatát is el kellene végeznie, legalábbis annyiban, hogy a tervezetet elkészíti.³⁷ Ilyen funkciója ma egyetlen alkotmánybíróságnak sincsen. S még kevésbé lehet egy alkotmánybíróságnak olyan funkciója, hogy a méltányosság alapján döntsön, hiszen ebben az esetben az alkotmány nem lenne többé a legfelső norma.³⁸

Az esküdtszék a méltányosság alapján eljáró törvényhozó intézmény lett volna.³⁹ Ám ez felesleges, nem hatékony és veszélyes. Felesleges, mert – a kor uralkodó jogászai világnézete szerint – maga az alkotmány elégséges belső garanciát tartalmaz. Így például azt, hogy az Alkotmány 88. cikkelye értelmében a Vének Tanácsa visszautasíthatja az Ötszázak Tanácsának alkotmányellenes döntését. Nem lett volna hatékony, hiszen a törvényhozó így is képes lett volna alkotmánynak nem megfelelő törvény megalkotására, amire viszont nem terjedt ki az esküdtszék hatásköre. A materiális értelemben vett törvény fogalmát ráadásul az alkotmány nem definiálta és azt sem írta elő, hogy mely jogosultság megsértése jelent alkotmányellenességet. A törvény fogalmának meghatározatlansága miatt ezért a törvényhozó bármit elrendelhetetne, hiszen nem tudni, hogy mi a „törvény” és a „jogosultság”. Az intézmény ezért veszélyes is: az esküdtszék a meghatározatlanság miatt bármilyen jogi aktust „törvény”-nek definiálhatott volna, és ezzel a teljes törvényhozói munka ellehetetlenül.

A legnagyobb veszély forrását azonban mindenki a természetes méltányosság alkalmazásában látta. A gondolat forrása – mint említettük – az angol *equity*-bíráskodás volt. (Az angol alkotmányt utálta egyébként Sieyes.) Az alkotmányos esküdt-

37. X., XI., XII. in *uo.* 195.

38. Troper: *Terminer la Révolution.* 208.

39. XIV., XV., XVI. in Pasquino: *Sieyes et l'invention de la constitution en France.* 196.

szék valójában arra kapott volna felhatalmazást, hogy a joghézagot maga töltsse be. Minthogy még a *Code civil* elfogadása előtti időszakban járunk, valójában az alkotmányos esküdtszék tölthette volna be azt a szerepet, hogy értelmezze a jogot, s ha hozzáfordul, a bíró pedig nem követte volna el az igazságszolgáltatás megtagadásának vétségét. Pontosabban, a probléma az volt, hogy ezt a bíró csak joghézag esetén tehette volna meg, a törvény homályossága vagy hiányossága esetén nem. Valójában pedig nem az esküdtszékre, hanem a törvényhozóra tartozott a joghézag probléma megoldása, hiszen ellenkező esetben az alkotmányos esküdtszék ugyanolyan hatalmat kaphatott volna, mint a régi rend bíróságként és törvényhozóként is működő parlamentjei.⁴⁰

Ezekben az alkotmányos vitákban végülis a legfőbb bíró és törvényhozó, vagyis a király szava döntött. A jogértelmezés parlamentek által gyakorolt hatalmának korlátozására az autentikus értelmezés, vagyis a szerző által adott értelmezési módszer kínálkozott a legmegfelelőbbnek.

3. A francia Marbury vs. Madison

A szakirodalom szívesen mutatja be úgy az 1971. július 16-án, az egyesülés szabadságáról meghozott alkotmánytanácsí döntést⁴¹ mint a francia jogi kultúra *Marbury vs. Madison*ját.⁴²

Dominique Rousseau szerint ez az ítélet „valóságos politikai forradalmat vitt végbe, szakítva a francia jog hagyományos elveivel, különösképpen a törvény szuverenitásával”.⁴³ Favo-

40. Troper: *Terminer la Révolution*. 210. skk.

41. CC. 71-44 DC du 16 juillet 1971, Rec. 29., RJC 1-24.

42. Lásd pl. Michel Troper: Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnel, in Élisabeth Zoller (szerk.): *Marbury v. Madison 1803–2003*, Párizs: Dalloz 2003. 215–228.

43. Dominique Rousseau: *Droit du contentieux constitutionnel*, 7. kiad. Párizs: Montchrestien 2006. 67.

reu és Philip nem osztják ezt a nézetet.⁴⁴ Utóbbiak szerint elemeiben már megvolt a joggyakorlatban mindaz, amit az ítélet mindössze kimondott. S való igaz, a szárnyait bontogató Alkotmánytanács igen nagy mértékben támaszkodott az Államtanács joggyakorlatára. A nézetekre később visszatérünk, előbb elemezzük magát az esetet.

Az egyesülési szabadsággal összefüggő kérdéseket egy 1901-ben hatályba lépett törvény rendezte, ám maga az alapjog közvetlenül nem jelent meg az 1789. évi deklarációban. De ha még benne is lett volna, akkor sem feltétlenül jelentette volna azt, hogy alkotmányosan védett alapjogról van szó. Az említett törvény szerint bármilyen egyesület szabadon, közigazgatási kontroll nélkül alapítható. A belügyminiszter felügyelete alatt álló prefektus mindössze elismeri ennek fennállását.

A diáklázadások után nem sokkal néhány művész egy kommunista ideológiájú egyesületet hoztak létre. Ennek bejegyzését „A nép ügyének barátai” című nyilatkozat miatt a belügyminiszter megtagadta, noha olyan ismert személyiségek álltak a csoport mellé, mint Simone de Beauvoir. A Közigazgatási Törvényszék némi hezitálás után megsemmisítette a prefektus határozatát, s a döntéshez igen terjedelmes, az Államtanács joggyakorlatához igazodó indokolást fűzött. Minthogy a döntés ellen fellebbezni már nem lehetett, a kormány az 1901. törvény módosításával próbálkozott. Az új törvény az egyesületalapítást prefektusi, ügyészi, s végül bírói ellenőrzés alá helyezte. Ennek az lett volna a következménye, hogy egy egyesület ezentúl nem az alapítók akaratából születik, hanem akkor, ha átmegy az említett intézmények által alkotott szűrőn. A további probléma pedig az volt, hogy a bírói kontroll a represszáliát érvényesítő büntetőbíróóság kezébe került volna. A bíróság feladata, hogy megvizsgálja, vajon az egyesület célja törvényellenes-e vagy jó erkölcsbe ütköző, s hogy nem irányul-e a területi integritás vagy a republikánus államforma

44. Louis Favoreu – Loïc Philip: *Les grands decisions du Conseil Constitutionnel*, 17. kiad. Párizs: Dalloz 2007. 235–252, 248.

ellen. A javaslat szerint mindezt a prefektus megtárgyalja főügyéssel, s ha két hónapon belül a bíróság nem dönt más-ként, úgy az egyesület bejegyezhető. Az Államtanács számára ez a megoldás elfogadható lett volna, a Szenátus számára viszont nem. A Nemzetgyűlés negyedik nekifutásra szavazta meg a törvényjavaslatot, de a Szenátus elnöke az Alkotmánytanácshoz fordult, a francia jogban elismert *a priori* normakontrollt kérve.

Az Alkotmánytanács a törvényt alkotmányellenesnek találta, és ezzel túllépett az addig vallott szerepkörén, nevezetesen, azon, hogy ő a végrehajtó hatalom „házőrző kutyája” akinek feladata kimerül a kormányzat és a parlament közötti konfliktusok feloldásában. E szerepfelfogás-változás *mutatis mutandis* úgy esett meg ahogy az USA-ban *anno*: az Alkotmánytanács saját maga tett jogi normává valamit (jelen esetben: a preambulumot), ami nem is az. Az 1958. évi alkotmány preambulumma röviden csak annyit szögez le, hogy

„a francia nép elkötelezi magát az emberi jogok és a nemzeti szuverenitás mellett, ahogyan azokat az 1789-es Jognyilatkozat meghatározza, s az 1946-os alkotmány preambulumma megerősíti és kiegészíti.” (A jelenleg hatályos szöveg ehhez hozzáfűzi, hogy „csakúgy, mint a 2004. évi Környezetvédelmi Karta által meghatározott jogokhoz és kötelezettségekhez”.)

A preambulum által felhívott 1946-os alkotmánypreambulum ünnepélyesen megerősíti az „ember és polgár szabadságjogait, amit az 1789-es Jognyilatkozat szentesített és a *Köztársaság törvényei által elismert általános elveket*.”⁴⁵ Az Alkotmánytanács döntése a preambulumokat alkotmányos értékkel ruházta fel, s ennek következtében az alkotmány részévé vált nem csak az 1789-es Deklaráció, hanem az 1946. évi alkotmány preambu-

45. Ez a preambulum jóval hosszabb, s ebben egy alapjogi lista is található, ami, az 1789-es Deklarációval ellentétben inkább szociális jogokat tartalmaz.

luma is. Ez utóbbi tartalmazza a „Köztársaság törvényei által elismert általános elvek” (*principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*) fordulatot. A hivatkozás révén az 1901-es törvényben meghatározott szabadságjog az alkotmány részét képezhetette, s így a törvényjavaslat alkotmányellenessé volt nyilvánítható.

A francia konstrukció egyedisége az elvekre való explicit hivatkozásban áll. S nem is annyira a Deklarációnak mint alapjogi katalógusnak az alkotmányos rangra emelésében, ezeket a jogokat ugyanis a III. és a IV. Köztársaságban is tiszteletben tartották, anélkül hogy azok alkotmányos értékét elismerték volna. Az elvekre való hivatkozás általánossága nem véletlen. Az 1946. évi alkotmány atyái ugyanis nem tudtak megállapodni abban, hogy mely elvek tartoznak az alkotmányba. Így például az állam és az egyház elválasztását megalapozó elv státusza bizonytalan volt. Azt sem tisztázták, hogy ezek az elvek politikai filozófiai elvek-e. Nagyon valószínű, hogy az alkotmányozók inkább erre gondolhattak. Annyi egészen bizonyos, hogy szándékuk pedig az alapjogi bírászkodás bevezetésére sem 1946-ban, sem pedig 1958-ban nem terjedt ki.⁴⁶

A *travaux préparatoires*-okban olvasható egyébként egy beszélgetés, amelyben a preambulum egyik szerzőjénél erre közvetlenül is rákérdeztek. Az ő válasza egyértelműen elutasító volt. Favoreu ugyanakkor megkérdőjelezi az idézett dokumentum „kötelező erejét”, vagyis azt, hogy valóban *travaux préparatoires*-nak tekinthető-e az idézett forrása. Az 1971-es döntés azért is jelentős, mert ezzel az Alkotmánytanács magának vindikálta az alapjogi kontroll feladatkörét. Pedig az alapjogok érvényesítését – a parlamenti vitán túl – már ekkor is több intézmény is közvetlenül, vagy közvetve, de végezte. A francia igazságszolgáltatási rendszer ugyanis nem egységes, hanem igen tagolt, így a jogok védelme több bíróság hatáskörébe is tartozhat.

⁴⁶ Vö. Avis et Débats du Conseil Constitutionnel, 101. idézi Favoreu – Philip: *Les grands décisions du Conseil Constitutionnel*. 245.

4. Alapjogvédelem, alkotmánybíráskodás, demokrácia

Luc Heuschling tanulmánya kiválóan mutatja be, hogy a „Ki az alkotmánybíró Franciaországban?” kérdésre legalább négyféle választ adhatunk.⁴⁷

A legkézenfekvőbb válasz (1) az, hogy Franciaországban, mint azt a neve is mutatja, az alkotmány bírói kontrollját egyetlen fórum, az Alkotmánytanács végzi. Az 1971-es döntés óta ennek az intézménynek van monopóliuma arra, hogy az alkotmányba ütköző törvényeket tartalmi és eljárási indokok alapján hatályon kívül helyezze. Mások szerint viszont az Államtanács az egyetlen fórum. Ha ugyanis minden bíróságnak kötelessége az alkotmány alkalmazása és értelmezése, úgy a valódi alkotmánybíráskodás az az intézmény, amely – szemben az Alkotmánytanáccsal – valóban bíróság, és mint bíróság a rendes bíróságok felett áll. Az Államtanács a Semmitőszék felett is kontrollt gyakorolhat, míg ez az Alkotmánytanácsra nem igaz. Ez a másik megoldás már átvezet ahhoz az állításhoz, hogy (2) minden bíróság alkotmánybíráskodás, hiszen a bíróságot maga az alkotmány létesíti, s minden egyes bíró kötelessége az alkotmány védelme és érvényesítése. Igen ám, de mivel csak *a priori* kontroll létezik, ezért a bíróság könnyen kerülhet olyan helyzetbe, hogy kénytelen alkotmányellenes szabályt alkalmazni. Egy újabb módosításnak köszönhetően az eljárás felfüggesztése ugyan nem, de előzetes eljárásban a bíróság kérheti az alkotmányellenesnek tűnő jogszabály értelmezését a hierarchiában magasabb fokon lévő bírói fórumtól.

A (3) közvetítő nézetek szerint bizonyos bírói fórumok gyakorolják ezt a tevékenységet. Így a már említett Alkotmánytanács mellett az Államtanács, a Semmitőszék, a Köztársaság

47. Luc Heuschling: Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Épistémologie d'une distinction théorique, in Constance Grewe és mások (szerk.): *La notion de „justice constitutionnelle*, Párizs: Dalloz 2005. 85–112., 87. sk.

Bírósága (*Cour de justice de la République*) vagy a Legfelsőbb Bíróság (*Haute Court*), s egyesek szerint a Hatásköri Bíróság (*Tribunal des conflits*) is. Ezek az igazságszolgáltatási fórumok a saját területükön képesek érvényesíteni az alkotmányt, például a Semmitőszék oly módon teheti meg ezt, hogy ügyel a joggyakorlat alkotmányosságára. Az Államtanács pedig a közigazgatási aktusok alkotmányosságát felügyeli. Ennek az állításnak a tökéletes ellentettje az, amely szerint (4) egyetlen bíróság sem méltó erre a címre. Az „alkotmánybíráskodás” (*justice constitutionnelle*) egy oximoron, a „rendes bíróság” (*justice ordinaire*) pedig pleonazmus. Nincsen autentikus bíróság, amely az alkotmánykontroll funkcióját gyakorolná, mivel az Alkotmánytanács nem bíróság, az alkotmánybíráskodás pedig politikai s nem jogi tevékenység. A (3) tűnik a helyes megközelítésnek. Több intézmény védi alkotmányt: az Államtanács a közigazgatás feletti törvényesség gyakorlásával; a Semmitőszék a jogszabályok alkotmánykonform értelmezése révén; az Alkotmánytanács az *a priori* norma-kontroll működtetésével.

4.1. A francia alkotmánybíráskodás

A szakirodalom többségét alkotó szerzők úgy látják, hogy az Alkotmánytanács bírói szerv, mivel ugyanolyan formában és feltételekkel dönt, ahogyan a többi igazságszolgáltatási fórum; döntései pedig abszolút jogerővel rendelkeznek, és általánosan kötelezőek minden rendes bíróság számára.⁴⁸

Az alkotmánykontrollt gyakorló szerv meghatározása attól is függ természetesen, hogy mit értünk „alkotmánybíráskodás” fogalmán. A legszigorúbb értelemben alkotmánybíró az, aki a törvények alkotmányos kontrollját végzi, vagyis döntésének az alkotmány a hivatkozási alapja (*norme de référence*); a kontroll tárgya egy törvény, és a döntésének negatív jogkövetkezmé-

⁴⁸ Louis Favoreu: *Du déni de justice en droit public français*, Párizs: L.G.D.J. 1964. 70.

nye a törvény hatályon kívül helyezése vagy alkalmazásának megtiltása. Ebben az értelemben nyilvánvalóan csak az Alkotmánytanács tekinthető alkotmánybíróságnak. Védelt meghatározása – ehhez hasonlót fogad el Eisenmann és Hamon is⁴⁹ – tágabb: „az alkotmánybírászkodás az alkotmánybíróságok jellemzőinek egy csoportját foglalja össze”. E meghatározás mellett a fenti (3) lista lesz az irányadó, vagyis bizonyos szervek végzik az alkotmánykontrollt, ki ezt, ki azt a részét, ahogyan a pozitív jog rendelkezik. A legtágabb értelemben az alkotmánybírászkodás felölel minden olyan eljárást, ahol a bíró közvetlenül alkalmazza és értelmezi az alkotmányt, vagy alkotmányos tárgyú ügyben kell döntenie. Ez a meghatározás a fenti (2) kvalifikációt erősíti.⁵⁰ A legtágabb meghatározás biztosan nem alkalmazható a francia rendszerre, a rendes bírák ugyanis nem tagadhatják meg az alkotmányellenesnek tűnő rendelkezéseket. Ha például a nemzetközi jog által garantált és közvetlenül alkalmazandó jogszabályról van szó, a bíróságoknak értelmezési kétség esetén a végrehajtó hatalomhoz kell fordulnia. A francia jog a dualista rendszer alapján ezeket a szerződéseket – pontosabban: bizonyos nemzetközi szerződéseket – akkor tekinti kötelezőnek, ha azt a belső jogba bevezetik, ezért a szerződés értelmének meghatározása is a szerződő félre tartozik.

Ha a (3) állítás írja le a legpontosabban a jogi valóságot, akkor ennek igazolására bizonyítani kell, hogy a sejtelmesen „tanácsnak” – vagyis nem bíróságnak – nevezett intézmény valójában jogi funkciót betöltő bírói szerv.

Az Alkotmánytanács (*le Conseil constitutionnel*) a IV. köztársaság időszakában (1946–1958) a szinte „észrevétlenül” működő Alkotmánybizottság (*Comité constitutionnel*) helyébe lépett. Eredetileg az Alkotmánytanácsnak a hatásköre a törvényhozó és a végrehajtó hatalom hatásköreinek szétválasztá-

49. Charles Eisenmann – Louis Hamon: *La juridiction constitutionnelle en droit français*, Berlin: Max Planck 1962. 257.

50. Heuschling: *Justice constitutionnelle et justice ordinaire*. 88. sk.

sára terjedt ki. A szerv működése volt a garancia arra, hogy a törvényhozó hatalom ne hatolhasson be a végrehajtó hatalom tevékenységi területére. Ez a jogkör a valóságban, a törvény és más jogi aktusok materiális meghatározásának nehézsége miatt, aligha tekinthető szűknek. Az Alkotmánytanács kilenc kinevezett tagból áll, akikhez néha „hivatalból” társulnak tagok. Utóbbiak például az egykori köztársasági elnökök, akik, ha akarnak, életük végéig tagjai lehetnek a tanácsnak. A kinevezés kilenc évre szól, a megbízatást, háromévente, rotációs rendszerben a Köztársasági Elnök, a Nemzetgyűlés elnöke és a Szenátus elnöke adja, mindegyik három tagra vonatkozóan. A kinevezések közigazgatási bíróság előtt meg nem támadható kormányzati aktusoknak minősülnek. Nem előfeltétel viszont a jogász végzettség. A tagok nagy része ugyanakkor „jogász”, bár nincsen jogi diplomája; általában a felsőoktatási rendszer csúcsintézményeiből, a Közigazgatás Nemzeti Iskolájából érkeznek. A tanács tagjainak függetlenségét garantálja az újraválasztás tilalma, valamint az, hogy – különleges esetek kivételével – nem mondathatóak le és nem hívhatóak vissza. Az Alkotmánytanács feladata, hogy őrködjön az alkotmány fellett; biztosítsa, hogy a törvények összhangban álljanak az alkotmánnyal. Eljárásának a következő sajátosságai vannak.

A francia jogrend sokáig nem ismerte az *a posteriori* kontrollt; az Alkotmánytanács egészen a közelmúltig kizárólag *a priori* kontrollt végezhetett. Az *a priori* kontroll azt jelenti, hogy a már hatályba lépett törvények ellen, fő szabályként alkotmányossági felülvizsgálat nem kérhető. A kontrollvégzésre vonatkozó eljárást a végső szavazás előtt lehet vagy kell megindítani. Az alkotmányt kiegészítő és pontosító organikus törvények esetében ezt minden esetben elvégzi (ilyen esetben tehát a törvényhozó eleve „kétszer szólalhat meg”). Az alkotmánybíráskodás kisebbségvédelmi funkcióját érvényesítendő a rendes törvények esetében az alkotmányossági vizsgálatot a Köztársasági elnök, a kormányfő, a nemzetgyűlés vagy a szenátus elnöke, illetve 60 képviselő vagy 60 szenátor kérheti 1974 óta. Egyének továbbra sem fordulhatnak a Tanácshoz. A kontroll *a priori* jel-

legéből adódóan a törvények már a szavazás aktusával, de még a kihirdetés előtt érvényessé válnak, és az alkotmányellenes törvényt pedig nem lehet kihirdetni. A kontroll e formájának előnye a gyorsaság és egyszerűség, valamint a jogbiztonság; a már kihirdetett törvényeket ugyanis biztosan alkalmazni fogják. Hátránya viszont az, hogy mivel a szubsztantív kontroll csak 1971 óta létezik, a francia jogrendben potenciálisan igen sok alkotmányellenes norma található. Ezért fontos az Államtanács és a Semmitőszék alsóbb fokú jogalkalmazó szerveket „kordában tartó” joggyakorlata. A Tanács kizárólag absztrakt normakontrollt gyakorol, s egy bírói eljárás is csak kivételes esetekben függeszthető fel alkotmányellenességre hivatkozva. (*l'exception d'inconstitutionnalité*). Ennek az az oka, hogy sokáig úgy vélték, az alkotmányellenességre hivatkozó bíró gyakorlatilag az „igazságszolgáltatás megtagadásának” vétségét követné el. Az ítéletek anonimek. Csak találgatni lehet, hogy valójában ki volt az előadó bíró, s nem közlik a párhuzamos vagy különvéleményeket sem. Az ítéletek stílusa a többi bírósághoz hasonlóan nem argumentatív jellegű: a mindig teljes ülésben eljáró Alkotmánytanács leszögezi és elmagyarázza a jogi álláspontot.

4.2. Az alkotmányvédelem további intézményei

A francia rendszer valahol a teljesen koncentrált (kelsen-i modell) és a teljesen diffúz (amerikai modell) kontroll között helyezkedik el, tudniillik, az Alkotmánytanács mellett más intézmények is részt vesznek az alkotmány őrzésében.⁵¹ Mint említettük, van még két további fórum, amely az alkotmányvédelemben az egységes jogalkalmazás kialakításával, avagy a közigazgatás törvényességének őreként ebben a feladatban részt vesz. Ezek a következők.

51. Louis Favoreu: *Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle*, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* 4 (1988). 51–66.

A) A Semmitőszék

A „rendes” bíróságok (*les juridictions de l'ordre judiciaire*) csúcán álló Semmitőszék hatásköre a helytelen ítéletek megsemmisítésére vonatkozik. A Semmitőszék a francia jogot egysegésíteni akaró forradalmárok találmánya (de csak 1802-től nevezik így ezt a fórumot), akik azt gondolták, hogy egy ilyen intézmény megakadályozhatja a jogalkalmazókat abban, hogy a jogot értelmezzék. Pontosabban fogalmazva, az intézmény működésének célja a jog egységes s ezen keresztül alkotmányos értelmezésének kialakítása.

A *Cour de cassation*hoz a másodfokú döntés után lehetett folyamodni. A hatáskör „rendkívüli”, amennyiben nem terjed ki az ügy újbóli eldöntésére, hanem csak az alsóbb fokú bíróságok jogalkalmazásának felülvizsgálatára. Vagyis annak ellenére, hogy minden fellebbviteli bíróság felett ott áll a Semmitőszék, mégsem tekinthető harmadfokú bírói fórumnak, ugyanis kizárólag az elé kerülő ítélet jogszerűségét vizsgálhatja (vagyis a ténymegállapítás helyességét nem), és azt csak megsemmisíteni jogosult, vagyis nem hozhat új döntést, és nem is módosíthatja az eredetit.

A Semmitőszék a bírói döntések törvényességének őre; felügyeli, hogy a jogszabályt megfelelően alkalmazták-e. A tevékenysége így egyfelől fegyelmi jellegű (*disciplinaire*), amennyiben az alsóbb fokú bíróságok helyes jogalkalmazási tevékenységéről van szó, másfelől „tudományos” (*jurisprudentielle*), hiszen harmonizálja a jogalkalmazást. 1991 óta a Semmitőszék bármilyen természetű ügyben, az első fokon eljáró bíróság ítéletével összefüggésben is eljárhat, ha olyan új jogszabályt alkalmaztak, amely komoly nehézségeket vet fel, és azzal összefüggésben számos eljárás indul. Ekkor az alsóbb szintű bíróságok megkeresése nyomán a Semmitőszék kötelező erővel nem rendelkező irányelvet ad ki.⁵²

52. A Semmitőszék alkotmányos szerepéről lásd Michel Fromont: La notion de justice constitutionnelle et le droit français, in *Renouveau du*

B) Az Államtanács

A francia igazságszolgáltatási rendszer szigorúan követi a köz- és a magánjog elválasztásának elvét. A közigazgatási bíróságok (*les juridictions de l'ordre administratif*) csak olyan ügyekben járnak el, ahol a perben résztvevő felek legalább egyike az állam része, azaz közigazgatási szerv (pontosabban: maga az állam [*Etat*], a területi testületek [*collectivités territoriales*], a közintézmények [*établissements publics*] stb.). A bíróságok funkciója tehát az, hogy egyének és az állam (közigazgatási szervek), valamint az állami (közigazgatási) szervek egymás közötti konfliktusaiban eljárjanak. A közigazgatási bíráskodás felépítése lépésről lépésre másolta le a rendes bírósági rendszerre jellemző struktúrát. Az Államtanács a hierarchia felett áll, és ezt őrzi.

Ez a közigazgatási rend legnagyobb presztízsű intézménye. Az Államtanács feje a kormányfő, akit a „pecsétőr”, vagyis az igazságügy-miniszter helyettesíthet. Csak a jogi szekcióhoz tartozó kormány megbízottak az Államtanács tagjai. Ők politikailag függetlenek, és szakmai alapon járnak el. Az általuk megfogalmazott megoldás (*conclusion*) rendkívül fontos az ügy kimenetele szempontjából, ám nem köti az Államtanácsot. A tárgyalta ügyek igen szerteágazóak. Az Államtanács a Fellebbviteli Közigazgatási Bíróságok és a speciális közigazgatási bíróságok döntéseit megsemmisítheti, vagy azt hatályon kívül helyezés után visszautalja, avagy – legalábbis 1987 óta – a megsemmisítés után közvetlenül el is döntheti (mintha első fokon eljáró bíróság lenne), feltéve hogy ezt „a jó közigazgatás iránti érdek indokolja”. Fellebbviteli bíróságként eljárhat a Fellebbviteli Közigazgatási Bíróságok hatáskörébe nem tartozó ügyekben is. Első és egyúttal utolsó fokú bírói fórumként illetékessége kiterjed bizonyos, kiemelkedő jelentőségű ügyek megvizsgálására. A törvényességi szempontjából szintén az Államtanács bírálja el a köztársasági elnök vagy a miniszterelnök rendeletei,

a ratifikálás előtti határozatok, és a miniszterek szabályozásai ellen, a hatalomgyakorlás terjedelmének túllépése miatt előterjesztett kérvényeket (*recours pour excès de pouvoir*). Az Államtanács annyiban hasonlít a Semmítőszékhez, hogy a Közigazgatási törvényszék és a Fellebbviteli Közigazgatási bíróság az Államtanácshoz fordulhat, ha súlyos bonyodalmakat okoz az új jog alkalmazása. A tanács ilyen esetekben háromhavonta nyilvánít véleményt, amelyet – mégha jogi értelemben véve nincs is kötelező ereje – a lehetséges fellebbezések és a Tanács presztízsze miatt az említett igazságszolgáltató szervek mégis követnek.

Mint már mondtuk, az Államtanács megőrizte hagyományos tanácsadói funkcióját is. Így minden törvény- és rendelettervezetről, az összes 1958. évi alkotmány bevezetését megelőző törvényt lerontó vagy módosító rendelettervezetről, törvényi értékű előírásokat tartalmazó európai uniós jogforrás- (direktíva- vagy rendelet-) tervezetről konzultálni kell a tanáccsal, feltéve hogy ezt törvény így rendeli. A közigazgatási szervek pedig, fakultatívan, minden társadalmat érintő kérdésben kikérhetik a tanács véleményét. A vélemény, hacsak a miniszter másként nem rendelkezik, pusztán konzultatív értékű, ezért nem köti a kormányzatot.

5. Alkotmánybíráskodás és demokrácia

Az alkotmánybíráskodás bírói úton történő gyakorlására vonatkozó igények egészen a 20. század első harmadáig kivétel számba mentek, aminek az egyik fő oka a republikanizmus idegenkedése a bírói hatalomtól, a másik pedig a III. Köztársaság jogrendjének sajátossága. A III. Köztársaságban az alkotmány érvényesítését és védelmét alapvetően nem bírói intézmények látták el. Az alkotmányos viták színtere pedig a törvényhozás volt. A parlament és a bíróságok funkciója leginkább az volt, hogy a „nemzeti” vagy „közös akarat” végrehajtásának jogi keretét felügyeljék, s ennek révén „karban tartsák” a hatalommegosztás tanának megfelelő alkotmányos rendszert.

A közjog területén a legnagyobb veszélyt az *ultra vires* aktusok jelentették. A végrehajtó hatalom és a közigazgatás törvényességének felügyeletére a leginkább alkalmas intézmény az Államtanács volt. Az 1971-es döntés ugyanakkor előhozta a klasszikus alkotmánybíráskodás-vitát is, ami újragondolásra készítette a jogértelmezéstanok kidolgozóit is.

5.1. Jogértelmezéstan és a normahierarchia elmélete

A klasszikus tanok szerint a jogértelmezés intellektuális tevékenység. Az egyes elméletek közötti különbség mindössze abban a módszerben (természetjog, logikai dedukció, szociológia) van, ahogyan ezt az intellektuális tevékenységet végezni kell. Az alkotmányos normakontroll igazolására vonatkozó procedurális elméletek – a „váltóórtan” és az „igazságosság ágyának” újabb változata – ugyancsak azt feltételezik, hogy az alkotmány értelme a klasszikus értelmezési formák alapján feltárható. Ha a törvényhozó például az alkotmányt annak szelvénye vagy célja szerint értelmezi, az alkotmányértelmezéssel megbízott szervek kimondhatják, hogy ez olyan mértékben kiterjeszti az alkotmány fogalmát, hogy az már alkotmánymódosításként értelmezendő, amire csak az alkotmányozó hatalomnak s nem pedig a törvényhozónak van hatásköre. S megfordítva is igaz, ha az Alkotmánytanács kiterjesztően értelmezi az alkotmányt, az alkotmányozó hatalom – az „utolsó szó jogán” – élhet azzal a lehetőséggel, hogy magát a szöveget változtassa meg. Ez a lehetőség ugyanakkor erősen korlátozott.

Először is azért, mert az 1971-es döntés révén az alkotmány fogalma felöleli az alkotmányos blokkba tartozó elveket is. Az elvek, sajátos jellegük miatt, eleve kizárnak bizonyos értelmezési technikákat. Ezeket egyensúlyozni lehet, de eltörölni nem; vagyis az alkotmányozó hatalom válasza az alkotmánytanácsai döntésre csak új elv bevezetése lehet. Az alkotmánymódosítás során természetesen az alkotmányozó hatalom maga is bővítette az elvek listáját, de ez nem értelmezhető a törvény-

hozónak adott válaszként. Az elvek felismerése önmagában nem is tekinthető olyan értelmezési tevékenységnek, amelyet a normakontrollt végző bírói fórum talált volna fel. Ahogyan az egzegéta iskola tanainak elemzése során láttuk, a francia hagyomány szerint az értelmező feladata az, hogy rekonstruálja a jogszabály értelmét oly módon, hogy visszavezeti azokat a törvényhozást megalapozó elvekre. Igaz viszont másfelől, hogy az Alkotmánytanács tagjai nem voltak olyan értelemben exegéták, amikor e visszavezetést a *travaux préparatoires*-ok ellenére tették meg 1971-ben.

Az igazán átfogó Kelsen-recepció pontosan e döntés időszakában játszódott le, bár már a századfordulón fontos polémiák zajlottak le a németajkú és a frankofón szerzők között. Az alkotmánybíráskodás (*justice constitutionnelle*) kifejezést a francia doktrína németből vette át.⁵³ A fogalom először egy, az 1920-as osztrák alkotmányról szóló 1925-ös toulouse-i doktori dolgozatban jelenik meg. Itt a szerző a *Verfassungsgerichtshof* kifejezést még „Cour de justice constitutionnelle”-nek fordította.⁵⁴ A valódi hatást másik két írás váltotta ki. Az egyik Kelsen *Revue du Droit Public*-ben megjelent tanulmánya,⁵⁵ a másik pedig Eisenmann az osztrák alkotmánybírásról készült doktori értekezése.⁵⁶ Mindkettő 1928-ban jelent meg, s mindkettő az alkotmánybíráskodás legszigorúbb értelmét, vagyis, „alkotmánybíráskodás = a törvények alkotmányossági kontrollja” megfeleltetést terjesztette el, ami viszont a III. Köztársaságban, Carré de Malberg törvényes állam koncepciójának és

53. Heuschling: *Justice constitutionnelle et justice ordinaire*. 92.

54. René Trazit: *La Constitution d'Autriche du 1er octobre 1920* (Thèse), Toulouse: 1925. Idézi Heuschling: *Justice constitutionnelle et justice ordinaire*. 92., 34. jp.

55. Hans Kelsen: La garantie juridictionnelle de la Constitution. La justice constitutionnelle, *Revue du Droit Public* (1928). 187–257.

56. Charles Eisenmann: *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*, (1928)Párizs: Economica 1986.

a normahierarchia hiányának köszönhetően papíron maradt definícióként élt tovább.

Eisenmann úgy fogalmaz, hogy az alkotmánybírászkodás „az alkotmányos törvényekre vonatkozó bírászkodás (*justice*) vagy, még inkább igazságszolgáltatás (*jurisdiction*)”.⁵⁷ Az alkotmány (alkotmányos törvények), ugyancsak Eisenmann szerint, formális értelemben, „szabályok – általános és egyedi rendelkezések – összessége, melyek felülvizsgálata kivételes eljárás alá tartozik”⁵⁸, materiális értelemben pedig a „törvényhozásra, vagyis általános jogszabályok megalkotására vonatkozó szabályok összessége”.⁵⁹ A leírás majdnem pontosan ugyanaz, mint Kelsené. A két felfogás között van azonban egy nagyon lényeges különbség. Míg Kelsennél a piramishoz hasonlóan felépülő jogrendszeren belül előfordulhatnak diszkontinuus pillanatok – például elképzelhető, hogy egy önkormányzati rendelet közvetlenül az alkotmányba ütközzön – addig a francia tanítvány modellje lineáris: az alkotmány előírja a törvény megalkotásának feltételeit, a törvény a rendeletalkotását, és így tovább. Mivel magát az alkotmányt is a törvény „közvetíti” a jogrendbe, ezért Eisenmannál valójában csak az az egy lehetőség állhat fenn, hogy a törvény alkotmányellenes. A kelsenit befogadását – s ennek kimutatásában nem kis szerepe volt Carré de Malberg Kelsen tanulmányának – nemcsak a törvény központi helyzete nehezítette, hanem az is, hogy a francia jogrend felépítése nem a jogforrások, hanem a szervek hierarchiáját követi, s a szervek hierarchiában betöltött pozíciója pedig a szerv autoritásától függ.

Az alkotmány helye a francia jogrendszerben mindig kétséges. A doktrínák a hierarchia felállítását, s az alkotmány elsődlegességének igazolását egyfelől a módosítási eljárás különbségére vezetik vissza. Az Alkotmányt csak a rendes törvényektől eltérő eljárásban lehet módosítani. Míg egy rendes törvény

57. Uo. 1.

58. Uo. 4. sk.

59. Uo. 3.

elfogadásához a két ház – vagy bizonyos esetekben a Nemzetgyűlés – többségi szavazata elegendő, az alkotmánymódosítást a két Kamara többségi szavazata mellett népszavazás vagy, bizonyos esetekben, a Kongresszus (vagyis a képviselők és a szenátorok együttes ülése) három-ötödének szavazata kell, hogy megerősítse. A második elv oly módon biztosítja az alkotmány elsődlegességét, hogy kimondja: minden más szabálynak összhangban kell állnia az alkotmánnyal, vagy legalábbis nem lehet azzal ellentétes. Vagyis a parlament, a köztársasági elnök, a miniszterelnök vagy bármely más kormányzati szerv aktusa meg kell, hogy feleljen az alkotmánynak. Továbbá, ezeket a jogszabályokat csak azon szervek hozhatják meg, amelyeket közvetlenül vagy közvetve az alkotmány erre felhatalmaz, és csak olyan eljárás keretében, amelyet az alkotmány meghatároz. Ez a szabály kiterjed nemcsak a hatáskörre, hanem a szabadságjogok esetében arra is, hogy ezeket az eljáró szerveknek tiszteletben kell tartania.

Vedel saját tanát ezért keresztelte el a „váltóőrelméletnek”.⁶⁰ E szerint az Alkotmánytanács feladata az, hogy a Parlamentet a helyes irányba terelje. Amikor hatályon kívül helyez egy törvényt az alkotmánykontrollt gyakorló szerv, valójában nem tesz mást, minthogy jelzi: letért az alkotmány által a részére kijelölt útról. Két mód van arra, hogy visszatérjen a helyes vágányra. Vagy módosítja az alkotmányt (mint alkotmányozó hatalom), vagy pedig a hatályos alkotmánynak megfelelő törvényt hoz (mint törvényhozó). Az alkotmánykontroll ezért módosíthatatlan alkotmány esetében illegitim. Az alkotmány elsődlegességének speciális módosítási eljárás alapján való igazolása miatt abból az is következik, hogy viszont amennyiben az alkotmány ugyanúgy módosítható, mint a rendes törvények, nem alkotmány többé. Vedel elmélete és metaforája meggyőzőnek tűnik, feltéve hogy kielégít néhány kritériumot. Először is ehhez azt kell igazolni, hogy az alkot-

60. Georges Vedel: Préface, in Eisenmann: *La justice constitutionnelle*. VIII.

mányértelmezés során az Alkotmánytanács valójában nem tölt be több szerepet, minthogy az „alkotmány szája” legyen. Az értelmezési módszerek közül ezért ki van zárva minden, az alkotmány fejlesztésére irányuló kánon, például a brit-kanadai tradícióból jól ismert „az alkotmány mint élő fa” (*constitution as living tree*) típusú gondolkodás, hiszen a kontroll továbbra is eljárás, nem pedig tartalmi jellegű. Vagyis a változóelmélet szerint az Alkotmánytanács csak azt vizsgálhatja, hogy a Parlament a hatályos jogszabályok alapján járt-e el vagy sem: hogy a vonat jó irányba megy-e (pl. egy „demokratikusabb demokrácia felé”), nem tudhatjuk, csak azt, hogy melyik a kijelölt vágány, s hogy azon van-e. Másodszor, számot kell vetnie az „alkotmányozó hatalom” és az „alkotmánymódosító hatalom” viszonyának problémájával. Ha ugyanis az alkotmánymódosítás hatalmát felöleli az alkotmányozó hatalom, akkor ez azt jelenti, hogy a Parlamentnek úgy kell eljárnia, mintha ő lenne az alkotmányozó hatalom. Ilyen esetben az alkotmány korlátozó funkciója nem érvényesülne, hiszen a Parlament minden egyes hatályon kívül helyező döntés után újraírná az alkotmányt.

Az utóbbi megjegyzés mutat rá arra, hogy az „igazságság ágya” intézmény miért lehet újra népszerű. Eszerint a Parlament úgy jár el, mint egykor a király, az Alkotmánytanács pedig úgy, mint a középkori parlamentek. Az alkotmányellenes törvény bejegyzését az Alkotmánytanács megtagadja, ám amennyiben ezzel a szuverén képviselőjében eljáró Törvényhozó nem ért egyet, úgy, hasonlóan a királyhoz, az alkotmánymódosítás jogával élve, maga tesz pontot a vita végére. A középkori konstrukcióban viszont a hatalommegosztás elve nem érvényesült. Vagyis a király mint legfőbb igazságszolgáltatói fórum is megjelent, aki a neki alárendelt bíróságok – szerinte alkotmányellenes – gyakorlatát rendezte. Az a harc, ami az elismerési szabály feletti birtoklás körül folyt akár Angliában (*King-in-Parliament* akarata vs. a *common law* értelmezésére felhatalmazott bíróságok), Franciaországban másként dőlt el, hiszen a helyi parlamentek ugyancsak az ősi alkotmányra hi-

vatkozva álltak ellen a szuverén összes attribútumával felruházott királlyal szemben. Az ősi alkotmány ráadásul „merev”, vagyis az alkotmánymódosítás lehetősége fel sem merülhet.

5.2. Az alkotmánykontroll neorealista és deliberatív igazolása

A francia alkotmányjogi diskurzusban a kelsen-i tanrendszer megjelenése előtt az irodalom szinte kizárólag az amerikai példát elemezte, hiszen ennek aktivizmusa teljesen nyilvánvaló volt. A kétfajta szociológiai realizmus – az amerikai jogi realizmus és a francia szociológia elmélet – is érintkezett egymással, igaz, máshová helyezték a hangsúlyokat: a tengerentúlon a bírói, a kontinensen, s így Franciaországban, társadalom állt a kutatás középpontjában. A *Tiszta jogtan* második kiadása és a posztumusz mű nővumai a 20. század utolsó harmadában éreztették hatásukat. Ennek elemei – ötvözve a francia pozitívista hagyománnyal és a neopozitivisták logikai felfogással – az alkotmányelméletben Michel Troper felfogásában álltak össze kerek egészé.⁶¹ Troper kelsenizmusa az osztrák mester „hanyatló” korszakának jegyeit viseli magán, ami egyfelől a jog és logika közötti viszony tagadása, másfelől a normativizmus helyébe lépő voluntarizmus elfogadását jelenti. Ennek jogértelmezésre kiható következménye az autentikus értelmezési forma klasszikus értelmének elvetése.

Ezután, a kelsen-i tanoknak megfelelően ezen értelmezési forma fogalmán azt értették, hogy az értelmezés kötelező erejű, s hogy eredménye egy olyan individuális norma, amit a jogalkalmazó szervnek kötelező megalkotnia. Az értelmezés nem

61. Troper elméletére vonatkozó legkidolgozottabb kritikára lásd Otto Pfersmann: *Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation*, *Revue Française du Droit Constitutionnel* 50 (2002). 280–334. Az erre adott válasz Michel Troper: *Réplique à Otto Pfersmann*, *Revue Française du Droit Constitutionnel* 50 (2002). 335–353.

kognitív, hanem volitív tevékenység, s ehhez Troper, Kelsent tovább radikalizálva azt is hozzáfűzi, hogy az értelmezőt maga a jogszabály szövege – világosságától vagy homályosságától függetlenül – nem korlátozhatja. Ebből az következik, hogy az értelmezés különféle módszerei – például az az igény, hogy a bíró ne használja a jogszabály értelmére vonatkozó külső bizonyítékok rendszerét, hanem ragaszkodjék a belső bizonyítékokhoz, avagy hogy forduljon-e vagy sem a törvényhozóhoz – közötti választás Troper számára attól függ, hogy melyik kánon leplezi el a legjobban egy jogi döntés politikai karakterét. Most vizsgáljuk meg elméletét részletesen!

A) A neorealista felfogás (Michel Troper)

Troper radikálisan szabályszeptikus jogértelmezéstana általános, vagyis alkotmány és rendes törvény értelmezésére egyaránt alkalmazható. A tan általánosságát bizonyítandó háromféle megoldást vázol fel az alkotmányértelmezés elhelyezésére.

(1) Ha valaki azt vallja, hogy az értelmezés kognitív tevékenység, akkor meg kell jelölni az értelmezés tárgyának, nevezetesen az alkotmánynak a specifikumát, s ha van ilyen, akkor be kell mutatni, hogy ez az értelmezési forma miben tér el a rendes bíróságokétól. Ez a tökéletesen kognitív modell, amit Troper elvet, mivel előíró jellegűnek gondolja.

Kelsen nyomán lehet úgy is érvelni, hogy (2) az értelmezés egyszerre volitív és kognitív folyamat. Volitív, hiszen minden jogalkalmazás egyúttal jogalkotást is jelent, és kognitív, hiszen a jogi norma, a kelsen-i felfogás szerint kijelöli azt a keretet, amelyen belül kell maradnia a jogalkalmazónak. Ebben a vegyes rendszerben is megjelölhető az alkotmányértelmezés specifikuma. Így Kelsen maga is azt mondja, hogy az alkotmány szerzőinek el kell kerülniük a homályos fogalmak használatát, avagy ha már van ilyen az alkotmányban, akkor pedig meg kell tiltani az alkotmánybíráknak az ezekre történő hivatkozást. Ehhez a vegyes rendszerhez hasonlít az a felfogás is – Troper szerint –, amely különbséget tesz szabály és elv között. Az el-

vek, írja Alexy nyomán, abban különböznek a szabályoktól, hogy „mindent vagy semmit” módon nem alkalmazhatóak, illetve abban, hogy kiegyensúlyozással akár több elv is alkalmazható egyszerre. Ez az elmélet sem jó. Nemcsak az alkotmányok tartalmazznak homályos fogalmakat és elveket, hanem a törvények is, s vannak nagyon pontosan meghatározott alkotmányos rendelkezések is, nem csak homályosak. Ilyen alapon tehát, írja Guastinit követve Troper, nem lehet elkülöníteni az alkotmányértelmezést más értelmezési formáktól.

A neorealizmus elmélete általános, vagyis (3) magyarázó ereje kiterjed a rendes bíróságokra éppen úgy, mint az alkotmánykontrollt végző szervek munkájára is. Ez a felfogás azt tanítja, hogy az értelmezés tisztán volitív aktus, vagyis az arra felhatalmazott szerv olyan jelentést ad a jogszabály szövegének, amilyet akar. Az Államtanács például az egyik döntésben az „ítélet ellen fellebbezés nem lehetséges” kifejezést úgy értelmezte, hogy az ítélet megfellebbezhető. Ha van különbség, akkor azt máshol kell keresni: az értelmezőkben, az értelmezési módszerekben vagy az értelmezés eredményében.⁶²

Az értelmezők személyi köre kizárólag azokból áll, akiket Kelsen „autentikusnak” nevezett, vagyis azoknak, akiknek az értelmezése hatással van a jogrendszerre: döntésük nem kérdőjelezhető meg.⁶³ A törvény valódi, autentikus értelmezői tehát a legfelső jogszolgáltatási fórumok. A jogi döntés igazolása tehát mindig *argumentum per auctoritatem*.⁶⁴ Centralizált igazságszolgáltatási rendszerben a Legfelsőbb Bíróság így az alkotmány autentikus értelmezője is. Természetesen az alsóbb fokú

62. Michel Troper: L'interprétation constitutionnelle, in Ferdinand Mélin-Soucramanien (szerk.) *L'interprétation constitutionnelle*. Párizs: Dalloz 2005. 13–25., 13 skk.

63. Uo. 15.

64. Michel Troper: Autorité et raison en droit public français, in P. Vassart, G. Haarscher és mások (szerk.): *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Brüsszel: Travaux du Centre National de Recherche de Logique/Nemesis 1988. 103–123.

bíróságok is értelmezhetik az alkotmányt, de az ő értelmezésüket felülbírállhatja a hierarchiában legfelül álló fórum és maga a törvényhozó is. Az alkotmány- és a törvényértelmezés között ilyen szempontból sincsen különbség. A törvényhozó ugyanúgy felülvizsgálja a törvény megváltoztatása révén a bírói ítéletet, ahogyan az alkotmányozó hatalom felülvizsgálhatja az alkotmány autentikus értelmezőjének döntését az alkotmány revíziója révén. Ám ezek az aktusok már nem az eredeti *ejus est interpretari...* értelmében vett „autentikus” értelmezések, hanem új szövegek megalkotásai.⁶⁵

Az értelmező személyét illetően Troper két látszólagos különbséget mutat be. Az első különbség az lehetne, hogy az alkotmányt nem bírói fórumok is autentikusan értelmezhetik. Ez olyan rendszerekben is előfordulhat, ahol egyáltalán nincsen alkotmánybíróság, de olyanban is, ahol van. Vagy azért, mert a jog nem jelöli ki, hogy kinek a kompetenciájába tartozik ez a tevékenység, vagy azért, mert az autentikus értelmezés előfeltétele egy nem bírói fórum által végzett értelmezés. A nem bírói fórum lehet például egy miniszter vagy a parlament vagy maga köztársasági elnök. Az ő értelmezéseik autentikusak, mivel nem kérdőjelezheti meg más autoritás. Az általuk használt nyelvtani, rendszertani, funkcionális értelmezési formák alig vagy egyáltalán nem különböznek a bíróságokétól.⁶⁶ A második lehetséges különbséget a személyi összetételben fedezhetnénk fel. A francia rendszerben – és általában az alkotmányos demokráciák többségében – az alkotmányértelmezés kollektív döntéshozatalt jelent, ami azt jelenti, hogy az értelmezésben résztvevő autentikus értelmezők egymás reakcióira tekintettel végzik a tevékenységet. Az Alkotmánytanácsnak például figyelemmel kell lennie arra, hogy a parlamenti többség akarata mikor jelent alkotmányváltoztatást. Vagy például a kivételes állapotra vonatkozó alkotmányos szakaszok értelmezésénél a köztársasági elnök értelmezését az is befolyásolja, hogy a

65. Troper: *L'interprétation constitutionnelle*. 15.

66. *Uo.* 16. skk.

döntéseért felelősségre vonható, ha indokolatlanul hirdeti ki a kivételes állapotot. De vajon mindez nem érvényes a rendes bíróságokra is, akik a jogszabály-értelmezést a törvényhozó lehetséges reakciójára tekintettel végzik?

Az értelmezés kollektív jellegét illetően is úgy tűnhet, hogy van legalább három különbség a törvény- és az alkotmány-értelmezés között. Az első az, hogy a rendes bíróságok nem állnak az eszközök használatára vonatkozóan kölcsönösségi viszonyban a törvényhozóval. A második az, hogy a rendes bíróságok és a törvényhozó között hierarchia van. A harmadik – ami a második, hierarchikus pozíció következménye – pedig az, hogy az alkotmányértelmezés esetében az is felmerülhet, hogy a parlament a saját akaratát értelmezte rosszul. De ezek a különbségek sem valódiak.⁶⁷ Azután pedig az alkotmányértelmezésnek nincsenek speciális értelmezési technikái sem. Az értelmezési technika kifejezésen a döntések igazolását kell érteni. A jogelmélet nem írhat elő semmilyen értelmezési módszert, minthogy sem a törvénynek, sem pedig az alkotmánynak nincsen sem valódi jelentése, sem pedig igazságos értelmezése. A különféle technikák természetesen eltérő eredményre vezethetnek, mivel nincsen olyan objektív kritérium, amely megjelölné, hogy melyik módszert kell alkalmazni.⁶⁸ Ettől függetlenül természetesen górcső alá vehető, hogy az alkotmányértelmező szervek leggyakrabban melyik értelmezési formát szokták használni. A nem bírói szervek általában egyszerűen megállapítják, hogy az alkotmány jelentése ez vagy az, és döntésük igazolását legtöbbször az alkotmány betűjére vagy szellemére alapítják. Valójában, írja Troper, még az olyan módszertani viták is, mint amilyeneket az originalisták folytatnak az Egyesült Államokban, ideológiai jellegűek, s mint ilyenek, nem is akörül forognak, hogy mi is volt az alkotmányozó szándéka. S ehhez még azt is hozzá kell tenni, hogy az originalizmusvita az alkotmány életkorából fakad. Innen adódik még

67. Uo. 19. skk.

68. Uo. 21. skk.

egy különbség az alkotmány- és a törvényértelmezés között. Olyan jogrendben, ahol az alkotmány könnyen módosítható, az alkotmányértelmező szervek sokkal inkább tartják kötelezőnek a precedenseket, mint ott, ahol az alkotmány nem vagy csak igen nehezen módosítható. A *common law* rendszerben így a törvény- és alkotmányértelmezés különbsége még inkább szembetűnő lesz.⁶⁹

Ha van, akkor a valódi különbség az értelmezés eredményében rejlik: „a törvény értelmezője törvényhozó, az alkotmány értelmezője alkotmányozó (*constituant*)”.⁷⁰ A különbségtétel alapja az a kelsen-i tézis, amely szerint a norma egy emberi cselekvés jelentése, az értelmezés a jelentés meghatározása, vagyis a jelentést meghatározó értelmező valójában normaalkotó. Az alkotmányértelmezés az alkotmány normájának megalkotását, azaz nem csak a norma tartalmának megállapítását jelenti. Ebből a szempontból nézve a maga az „alkotmányértelmezés” mint kifejezés is rossz, hiszen azt feltételezi, hogy az értelmezés előtt már létezik alkotmány, s ezzel együtt pedig, aki használja a terminust, máris egy meghatározott értelmezésfelfogás mellett kötelezi el magát, nevezetesen amellett, hogy az értelmezési tevékenység kognitív jellegű. Pedig önmagában semminek sincsen jelentése: a Pompidou-ban kiállított piszoár önmagában nyilvánvalóan nem művészeti alkotás, ezt csak Duchamp értelmezése tette azzá.

Az alkotmányértelmezés során legelőször is azt kell megállapítani, hogy mi képezi az alkotmány részét. Az 1971-es döntés jó példa erre: először ki kellett dolgozni az „alkotmányos blokk” tanát, s csak ezután lehetett megállapítani, hogy a blokkhoz tartozó normáknak mi a jelentésük. A rendes bíró is találhatja magát hasonló helyzetben, ha például arról kell döntenie, hogy a szokás vagy az általános elv a jog részét képezik-e, s ha úgy dönt, hogy ez így van, akkor meg kell állapíta-

69. Uo.

70. Uo.

nia, mit mond a vonatkozó esetre.⁷¹ Az alkotmányértelmezés során azonban ennél is tovább kell menni. Nem elég megállapítani, hogy mi az alkotmány, hanem igazolni kell, hogy mint érvényes norma, a többi norma felett áll. Ezt láthatjuk a *Marbury*-döntés Troper által rekonstruált változatában is. Itt az igazolás a következő volt: (1) az alkotmány a törvény felett áll; (2) azért áll a törvény felett, mert törvénnyel nem, csak speciális eljárásban módosítható; (3) ebből az következik, hogy az alkotmányellenes törvény semmis. Az érvelés meggyőző ereje attól függ, hogy mit jelent az alkotmány elsődlegessége. Ennek legalább két jelentése lehet: *a)* az alkotmány határozza meg azt a módot, ahogyan a törvényt meg kell alkotni; *b)* a törvény semmis, vagy megsemmisíthető, ha az alkotmánnyal ellentétes. A Marshall-féle érvelés hibája, hogy a főbíró nem vette észre, hogy a két állítás között nincsen logikai kapcsolat. Tény, hogy számtalan jogrend van, ahol nincsen alkotmánykontroll, és az elsődlegességnek csak az *a)* jelentését fogadják el. Ha viszont a *b)* állítás értelmet jobban megnézzük, azt láthatjuk, hogy tautologikus. Annyit mond ki, hogy „alkotmányellenes törvény semmis, tehát alkotmányellenes törvény semmis”, hiszen az alkotmány elsődlegességének fogalmát éppen azzal határoztuk meg, hogy az abba ütköző törvény semmis. A *Marbury v. Madison* döntés valójában a két jelentést azonosítja egymással, de tekintettel arra, hogy az alkotmány bírói kontrollját igen sok jogrendszer nem ismerte, ez a következtetés egyáltalán nem volt szükségszerű. A döntés tehát nem megállapította, hanem megalkotta ezt a mechanizmust, oly módon, hogy nem felismerte, hanem felállította az alkotmány és a törvény közötti hierarchiát: „a normahierarchia nem alapja az alkotmánykontrollnak, hanem annak az eredménye”.⁷² A nem bírói autoritások érvelése hasonló, azaz vagy megalkot-

71. Uo. 22. sk.

72. Uo. 24.

ják ezt a jelentést a gyakorlatra vagy az alkotmány szellemére hivatkozva, vagy nem.⁷³

Az értelmező maga alkotja meg az értelmezés tárgyát. Az értelmezés előtt ugyanis meg kell határozni, hogy a szövegek egy csoportjának, a gyakorlatnak mi a jelentése (hogy norma-e), s hogy ennek mi a helye a hierarchiában. Ennek a tevékenységnek az egyik szélsőséges esete az indiai legfelsőbb bíróságnak az alkotmánymódosítást alkotmányellenessé nyilvánító határozata, avagy az alkotmányfeletti normák (*les normes supraconstitutionnelles*) feltalálása a francia Alkotmánytanács gyakorlatában. Ám, a francia rendszerben legalábbis, úgy tűnik, hogy ez a tevékenység nem az Alkotmánytanács sajátossága. A rendes bíróságok ugyanezt teszik a szokások révén kifejezett elvekre való hivatkozás során. Az Államtanács ugyanúgy megalkotta a jog általános elveinek kategóriáit, ahogyan az Alkotmánytanács a „Köztársaság törvényei által elismert elvek”-ét.

Az alkotmányértelmezés egy szempontból viszont más. Míg az Államtanács által felismert elvek jogalkalmazói érvényesítését a törvényhozó az Alkotmánytanáccsal egyetértésben megakadályozhatja, a törvényhozó nem tilthatja meg a bírának a törvény alkalmazását, a közigazgatási aktusok törvényességi ellenőrzése vagy a szerződések érvényessége során. A bíró ugyanis köteles engedelmeskedni a törvényhozónak, ezért ha a törvényhozó engedetlenséget ír elő a számára, ezt a parancsot nem tudná teljesíteni. Az alkotmánykontroll esetén ez a probléma nem fordul elő. Ha egy alkotmánymódosítással megtiltanák a bíróság számára a normakontroll gyakorlását, a bíróság teljesíteni tudná e kötelezettségét. Az alkotmány, tartalmától függetlenül, mindig a hierarchia csúcsán marad.⁷⁴

Troper elméletében tehát nem szükségszerű sem az, hogy a normakontrollt bíróság végezze, s egyáltalán, az alkotmánykontroll sem szükségszerű intézmény. Egy másik írásában vi-

73. Uo. 23. sk.

74. Uo. 24. sk.

szont úgy érvel, hogy a demokrácia vagy jogállam lényeges eleme a jogforrási rendszer hierarchiája, amiből az következik, hogy kell egy olyan fórum, ami ezt a hierarchiát megalkotja.⁷⁵ Marshall erős igazolást, Kelsen gyenge igazolást a bíróság által adott normakontrollnak. A demokrácia érve ugyancsak a gyenge igazolás körébe tartozik. A gyenge igazolás lényege, hogy bemutatja azt az eszközt, amelynek révén egy cél a leginkább megvalósítható. Az első változat szerzője megint Kelsen. Eszerint a demokrácia az autonómiaként felfogott szabadság megvalósítása, vagyis olyan állapot, ahol az egyének olyan normáknak kötelesek engedelmeskedni, amelyeket ők maguk alkottak, vagy legalábbis egyetértésüket adták a döntéshez. A tökéletes autonómia és az egyhangú döntés utópia, ezért a többségi elvet kell elfogadni. Abban az esetben, ha a kisebbség vehetné át a többség helyét, avagy, ha a többség nem válhatna kisebbséggé, a rendszer nem működne jól, hiszen az autonómia nem érvényesülhetne.⁷⁶ Ez valójában egy utilitarista érv: e felfogás szerint a demokráciában több ember lesz a maga ura, vagyis autonóm, mint a heteronóm rendben, mint például egy monarchiában. Ezzel a felfogással három probléma merülhet fel. Először is részleges, hiszen tisztán eljárási szabályokra utal, azaz kizárja a normakontroll területéről az alapjogokra való hivatkozást. Egy állandóvá váló többséggel szemben tehát nem nyújt garanciát, ha az a jogszabályokat az előírt eljárásnak megfelelően alkotja meg. Másodszor az igazolásnak nem csak arra kell kiterjednie, hogy a játékszabályokat az alkotmánykontroll révén jobban érvényesíteni lehet, hanem arra is, hogy enélkül nem is érvényesülnének. Harmadszor pedig az alkotmánykontrollt végző szervek többsége tartalmi értelemben vett kontrollt gyakorol. Míg Kelsen az autonómiára alapozta a demokráciafelfogását, mások a népszuverenitásra

75. Michel Troper: *The Logic of Justification of Judicial Review*, *International Journal of Constitutional Law* 1 (2003) 1. 99–121.

76. Hans Kelsen: *La démocratie. Sa nature – sa valeur*, [1932] Párizs: Dalloz 2004.

hivatkoznak. Minthogy a közvetlen demokrácia nehezen valósítható meg, ezt ki kell egészíteni a képviselet elvével. Annak ellenére, hogy nem választás útján került a székébe, az alkotmány „őre” valójában képviselő, hiszen az általános akarat formálásában részt vesz. A törvény ugyan az általános akaratot fejezi ki, feltéve hogy az nem ütközik az alkotmányba; az hogy mi a törvény, s hogy mikor konform az alkotmánnyal, nem empirikus kérdés, hanem az értelmezéstől függ. Az érv ereje attól függ, hogy mit értünk a „képviselet” fogalmán, s hogy az szükségyszerűen összekapcsolódik-e a választással.

Az igazolások egy másik csoportja ezért inkább arra törekszik, hogy bemutassa: az alkotmánykontroll nem szükségyszerű, de összeegyeztethető a demokráciával. Erre törekszik – Kelsen és Eisenmann nyomán – Vedel „váltóőr” elmélete. Ennek a tannak az erénye, hogy az autonómia elvét jobban kielégíti. Amennyiben ugyanis a törvényhozó ragaszkodik a szándékához, úgy kénytelen az alkotmánymódosítás eszközéhez nyúlni, amely viszont összetett eljárás, amelyhez minősített többség szükséges. Így az alkotmánykontroll révén több egyén autonómiája érvényesíthető. De vajon a szélesebb körre kiterjedő többség akarata valóban demokratikusabb, mint az egyszerű többségé? Kelsen egykor úgy érvelt, hogy az egyhangúság megkövetelése lenne a legkevésbé demokratikus megoldás, hiszen ebben az esetben egyetlen szavazat is képes lenne blokkolni a döntéshozatalt. Ilyen értelemben az egyszerű többség is demokratikusabb lehet, mint a minősített többség. A második probléma, hogy az alkotmánykontroll nem mindig járható út. Bizonyos alkotmányos szakaszokat ugyanis nem lehet módosítani, mint például az államformát kőbe véső szabályt. A harmadik probléma pedig az, hogy a „váltóőrtan” nem tud mit kezdeni az alkotmánykontrollt védő szerv diszkrecionális jogkörének létezésével, vagyis rossz (kognitív) értelmezélméletet vall a magáénak. Kelsen tanának van egy olyan olvasata is, ami viszont nem illeszkedik a francia alkotmányos hagyományokhoz. Kelsen ugyanis úgy gondolta, hogy az alkotmányra vonatkozó speciális eljárás azért demokratikusabb,

mivel az alkotmányozó hatalom több képviselő akaratát fejezi ki, míg a parlamenti többség ehhez képest kevesebb embert képvisel. A francia doktrína – legalábbis Troper olvasatában – ezt a különbségtételt nem tudja megtenni, tekintettel arra, hogy nemcsak a törvény, hanem az alkotmány is a szuverén akaratának a kifejeződése. A szuverenitásnak nincsenek fokozatai: az alkotmánymódosító szerv (Nemzetgyűlés) és a Parlament ugyanúgy képviseleti szerv; ilyen szemszögből nézve a rendes törvény és az alkotmány között sincsen különbség.

Vedel érvelésének másik, az „igazságosság ágyának” intézményét felelevenítő formája valójában arra mutat rá, hogy az alkotmánykontroll nem megvalósítja, hanem korlátozza a demokráciát. Ez az érv az előzőnél annyiban jobb, hogy a „törvény az általános akarat kifejeződése” axiómához jobban illik. Eszerint: amennyiben a törvény az alkotmánnyal összhangban áll, úgy kifejezi az általános akaratot. Amikor az Alkotmánytanács ezzel ellenkező álláspontra jut, úgy ezzel azt fejezi ki, hogy a törvény nem fejezte ki az általános akaratot. A forradalom előtti királyhoz hasonlóan a szuverén – ebben esetben az alkotmányozó hatalom (a nép maga avagy képviselői) – kifejezi a valódi akaratát és az alkotmánymódosítás révén felülvizsgálhatja az Alkotmánytanács döntését. A metaforával több probléma is akad. Egyrészt az, hogy a középkori jogrendben az „igazságosság ágyának” eljárásában a parlament nem mint bírói fórum, hanem mint törvényhozó járt el, amikor megtagadta a király rendeleteinek bejegyzését. Ez azt jelentené, hogy az Alkotmánytanács törvényhozó. S másfelől, amikor a király közbelépett, hogy egy jogi problémát a parlament ellenállásával szemben oldjon meg, nem „igazságosság ágya” eljáráshoz folyamodott, hanem mint legfelsőbb bíró, a parlamentben királyi ülészakot tartott. Ez pedig azt jelentené, hogy az alkotmányozó hatalom mint igazságszolgáltató szerv vizsgálná fölül az alkotmányt. A következő probléma az, hogy míg az „igazságosság ágya” eljárásban a parlament nyíltan szembeszegült a szuverénként fellépő király akaratával, addig a normakontroll bírói úton történő igazolása éppen arra

szolgál, hogy bizonyítsa, ez a fórum nem áll a szuverén akaratával szemben. De vajon kifejezheti-e a szuverén akaratát két intézmény? Ha a törvényhozó és az alkotmányozó hatalom ez a kettő, akkor nehéz eldönteni, hogy egyik vagy másik miért lenne felsőbb rendű, ha ugyanannak a szuverénnek a nevében döntenek; avagy el kell fogadni, hogy a szuverenitást két szinten képviselik, de ebben az esetben nehéz igazolni, hogy a szuverén a legfőbb hatalom.⁷⁷

A következő érvelésláncban a normakontroll a demokrácia korlátozása formájában jelenik meg. Eszerint az alkotmány funkciója az, hogy a többséggel szemben érvényesítse az alapjogot, akkor is, ha ez érdekei ellen való. Az Alkotmánytanács feladata az, hogy az alapjogokat védje. Az érvelés erejét az adja, hogy magát a többségi demokrácia felfogását veti el. De ebből az is következik, hogy az elméletnek nemcsak szembe kell néznie a többségi elv által felvetett problémával, hanem bizonyítania kellene annak gyengeségét. Ha ugyanis a törvényhozásban megjelenő többséggel az a baj, hogy nem képes garantálni a kisebbség jogait, milyen alapon lehetne azt gondolni, hogy az ugyancsak a többségi döntéshozatal révén működő alkotmányozó hatalom erre képes. Ez az állítás csak akkor lenne igaz, ha tudnánk, hogy az alkotmányozó hatalom bölcsőbb volt, s egy nagy történelmi pillanatban megkötötte saját kezét a jövőt illetően. De milyen alapon lehet megtagadni ezt a bölcsességet az aktuális törvényhozói többségtől? A parlamenti vita nemcsak az eltérő érdekek összeütközésének nyomát viseli magán, hanem eltérő közjókonceptiókat is megjelenít. S az Alkotmánytanács vajon miért lenne inkább tekintettel az alapjogokra és az alkotmányos elvekre, mint a törvényhozó? S harmadszorra pedig megint csak az értelmezés probléma kerül elő. Az alkotmányozó gyűlés által megszavazott szövegek gyakran azért homályosak, mert politikai kompromisszumok eredményei. Amikor az Alkotmánytanács

77. Troper: *The Logic of Justification of Judicial Review*. 113. skk.

dönt, ezen szakaszok értelmezésénél a tagok erkölcsi felfogása is szerephez jut, s nem feltétlenül fejezi ki azokat az értékeket, amelyeket az alkotmányozó hatalom tagjai szerettek volna deklarálni. Ráadásul kollektív döntéshozatalról van szó, tehát a tanács is a többség és a kisebbség megosztottságát viseli magán (mégha a francia döntésekben nem is jelentetik meg a párhuzamos és a különvéleményeket). Az alkotmány továbbá több elvet is deklarál; semmi sem menti meg az alkotmánybírókat attól, hogy ezen elvek között jobban – objektívebben és előítélet nélkül – egyensúlyozzon, mint a parlamenti képviselők. A bírói normakontroll tehát nem feltétlenül védi jobban a kisebbséget, mint a törvényhozás. De vajon az alkotmány maga tényleg a kisebbségeket védi? A bélyeggyűjtők, milliárdosok és a vörös hajúak kisebbségben vannak. Az alkotmányozónak tényleg az a szándéka, hogy az ő érdekeiket érvényesítse a törvényhozással szemben? A többségi elven nyugvó demokráciafelfogás valójában a politikát kívánja kiiktatni, hogy annak helyébe a jog lépjen. De Troper szerint ez illúzió: maga a jog ugyanis pontosan a politikai akarat terméke, s maguk az alkotmánybírák is emberek.⁷⁸

A másik gyenge igazolás ezért azzal kísérletezik, hogy magának a demokráciafogalomnak adjon új jelentést, oly módon, hogy azt a „jogállam” (*l'État de droit*) fogalmával, vagyis a jog által korlátozott állam eszméjével azonosítja. Ez a fogalom nyilvánvalóan természetjogi eredetű, amennyiben a politikai rendszer feladatául tűzi, hogy – legyen bár az alkotmányban rögzítve vagy sem – minden alapvető jogot védeni kell. Ennek a megközelítésnek az egyik hibája az, hogy így nehezen tölthető be magának a normakontrollnak a funkciója, hiszen olyan jogokhoz kell mérni a támadott törvényt, amely az alkotmányban adott esetben nem is szerepel. A dilemma nyilvánvaló: vagy a kiterjesztett demokráciafelfogás révén az alkotmány elsődlegessége kérdőjeleződik meg, vagy az alkotmány

78. Uo. 115. skk.

elsődlegességének védelme érdekében magát a demokráciát kell feláldozni. Az ilyen érvelés ezért ritka; valójában akkor használható, ha az alkotmányellenes alkotmánymódosításról – például a maastrichti szerződés francia jogrendbe való bevezethetőségéről – kell döntenie a bírói fórumnak.⁷⁹

Az elméletek egy újabb csoportja a demokrácia dualista felfogását próbálja meg igazolni. Az Egyesült Államokban Ackermann, Franciaországban Rosenvallon és Gauchet dolgozott ki ilyen tant. Utóbbiak nézetrendszere szerint kétfajta nép között kell különbséget tenni. Az alkotmányozó nép „örök” vagy „transzcendens”, szemben az „aktuális” néppel, amely vagy közvetlenül, vagy képviselői útján fejezi ki akaratát. Ebben a konstrukcióban a normakontrollt gyakorló szerv feladata az, hogy az alkotmányozó hatalom akaratát érvényesítse. A „transzcendens” vagy „örök” nép természetesen közvetlenül nem tudja kifejezni az akaratát, és képviselni sem lehet. Rousseau és Rosenvallon ezért azt mondják, hogy az Alkotmánytanács feladata nem az, hogy képviselje a szuverént vagy az alkotmányozó hatalmat, hanem az, hogy az megértesse a szuverénnel (néppel), hogy a végső szót ő mondhatja ki. Troper ugyanakkor úgy látja, hogy a szuverenitás nem valami olyasmi, ami természetes módon a néphez tartozna. A nép csak annyiban szuverén, amennyiben ezzel a hatalommal maga az alkotmány ruházza fel, amely ráadásul nem tesz különbséget a két – a „transzcendens” alkotmányozó és az aktuális – nép között. Ha lenne hierarchia, ez azt jelentené, hogy az alkotmányban meghatározott szuverén egy másik entitástól, a „transzcendens” néptől kapja a hatalmát, végtelen regresszushoz vezetne, hiszen nem lehet tudni, hogy a „transzcendens” nép hatalma vajon honnan ered.⁸⁰

Nincs olyan elmélet, amely képes lenne az összes lehetséges kritériumot – a normakontroll legitim, mert összefér a normahierarchiával, az alkotmány szövegével, a bíróság diszk-

79. Uo. 117. sk.

80. Uo. 118. skk.

recionális jogkörével, a képviselő- és a demokráciaelmélettel – egyszerre kielégíteni. Ez a hiba nem a jogelméleté, amely csak az alkotmányos dogmatika által kidolgozott igazolásokkal foglalkozik. A jogelmélet mindössze annyit szögezhet le, írja Troper, hogy az alkotmánykontrollal működő rezsim valójában egy vegyes kormányzat, ahol az általános akarat kifejezésében részt vesz maga a normakontrollt gyakorló szerv is. Nem tartozik az érdeklődési körébe, hogy ez a rezsim jó-e vagy sem.⁸¹

Érvelésének központi állítása az, hogy a normaszöveg egyáltalán nem korlátozza az értelmezőt (annak bármilyen jelentése lehet), így minden értelmezés valójában jogalkotást jelent. A Troperrel szembeni érvek része nyilvánvalóan az, amit már Kelsennek szemben is kifejtettek, a másik részét pedig Hart nyomán lehet mozgósítani. Kelsenhez hasonlóan Troper sem tesz különbséget a jogalkalmazás és a jogalkotás között, így elfogadhatatlan számára minden olyan elmélet, amely amellett áll ki, hogy a bírói ítélet legalább részben jogalkalmazás. Másfelől viszont az a tan, amelyik a jogértelmezést tisztán akarati aktusnak tekinti, valójában nem is jogértelmezéstan. Pfersmann kritikájának a lényege éppen ezért az, hogy Troper nem vet számot a nyelv természetére vonatkozó tanokkal. A neorealista elmélet szerint a jogszabály szövegének „nyitott szövedéke” feloldhatatlan; az általános akaratot kifejező törvény valójában akkor születik, amikor az alkotmánykontrollt gyakorló szerv meghatározza a normaszöveg jelentését. A neorealista tan viszont nem veszi észre, hogy „a normának végtelen számú jelentése van” állítás empirikusan nem igazolható, s önmagában is egy meghatározott nyelvfilozófia melletti elköteleződést és az ebből következő decizionista felfogás elfogadását jelenti. Olyan helyzetre utal, ahol a kardok (*swords*) uralkodnak a szavak (*words*) helyett. Ez a

81. Uo. 120. sk.

jog tagadása; maga a természeti állapot.⁸² Ebből adódik, hogy Troper gyakorlatilag alkotmányozó hatalomként kezeli az alkotmánykontrollt végző bírói fórumot. Ennek elismerésétől mindössze az értelmezés kényszermezőbe helyezése választja el, amely értelemszerűen nem igaz az alkotmányozó hatalomra. A kényszermezőben résztvevő autentikus értelmezők, akik a szövegre tekintettel szabadon, de egymásra tekintettel viszont korlátozottan állapítják meg a norma szöveg jelentését, valójában azért értelmezhetnek így, mivel a politikai intézményrendszer legitim intézményei. A kényszer fogalma azért is lényeges, mert Troper szerint az alkotmány valójában nem norma, hiszen az érvényessége sehonnan sem vezethető le. Ebből viszont az is következik, hogy az alkotmány egy tény, amelynek értelmezését viszont a kölcsönös, ténylegesen létező kényszer adja, ami a másik autentikus értelmező értelmezése állít fel.⁸³ Arra viszont nem ad választ a neorealista elmélet, hogy ennek a legitimációnak mi a forrása, sőt azt állítja, hogy végső soron egyetlen elmélet sem képes meggyőző legitimációs elmélet kidolgozására.

A harmadik és egyben legnehezebb probléma a demokraciáelmélet maga, amelyet Kelsen, Ross és Troper vall. Nem az a kérdés, hogy azért demokraták, mivel az antikognitivisták metaetika mellett kötelezik el magukat, vagy pedig ez az elköteleződésük kontingensen kapcsolódik metaetikai álláspontjukhoz. Tropernek igaza van abban, hogy az alkotmánykontroll és a demokrácia között nincsen szükségszerű kapcsolat; Hollandia vagy Új-Zéland jó példa erre. Troper számára a demokrácia (vagy jogállam) lényege éppenséggel a jogrend hierarchikus felépítése, ahol pedig a hierarchiát maga az autentikus értelmezési tevékenységet végző intézmény építi. Az

82. Vö. Thomas Hobbes: *Leviatán vagy az egyházi és világi állam formája és hatalma*, ford. Vámosi Pál, Budapest: Kossuth 1999. 98.

83. Vö. Michel Troper: *Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle*, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Párizs: Cujas 1977. 150. sk.

alkotmány elsődlegességének – s így a hierarchiának – az igazolása mellett szóló érvek azonban kontingensen illeszkednek az elfoglalt metaetikai állásponthez. Az elismerési szabály elődlegességének igazolása során ugyanis lehet úgy is érvelni, hogy elfogadjuk, az erkölcsi értékekre vonatkozó állítások igazságértékkel rendelkeznek, csak ezek az értékek nem szükségszerűen képezik a szabály tartalmát.

B) *A deliberatív elmélet (Dominique Rousseau)*

Dominique Rousseau arra biztat, hogy először is gondoljuk újra az alkotmány fogalmát.⁸⁴ Ő a Deklaráció 16. szakaszának új értelmezését javasolja oly módon, hogy a szöveg első felére helyezzük a hangsúlyt. A szakasz a következőt mondja ki:

„Egyetlen társadalomnak sincsen alkotmánya, ha a jogokat nem védik és a hatalmi ágak elválasztása nincsen kijelölve.”

A mondat első fele nem az „állam” vagy a „köztársaság”, hanem a „társadalom” fogalmát használja. Ebből az következik számára, hogy az alkotmány – hiszen a Deklaráció ma már az alkotmány része – elsődlegesen az egyén és a társadalom viszonyát szabályozza, s nem pedig az államszervezet működését. Utóbbi, vagyis a hatalommegosztás mechanizmusa mindössze arra van, hogy a jogosultságokat az egyének gyakorolni tudják. Troper egyébként ugyanezt a szakaszt úgy értelmezi, hogy a 16. szakasz mindössze egy negatív előírás: ugyanaz az autoritás nem halmozhat fel két funkciót, s hogy a „társadalom” kifejezésen azt kell érteni, hogy az államhatalom nem despotikus.⁸⁵

84. Dominique Rousseau: *Droit du contentieux constitutionnel*, 7. kiad. Párizs: Montchrestien 2006. 489–515.; Uő: *La justice constitutionnelle en Europe*, Párizs: Montchrestien 1992. 125–156.

85. Michel Troper: L'interprétation de la Déclaration des droits. L'exemple de l'article 16, in Stéphane Rials (szerk.): „La Déclaration de 1789” *Droits* 8 (1988). 121.

Az Alkotmánytanács nyilvánvalóan politikai szerepet játszik, mivel döntései befolyást gyakorolnak a politikai rendszerre. Az intézmény védi és megújítja a politikai rendszert. A védelmi funkció megvalósításakor egy alkotmánybíróság – Franciaországban az Alkotmánytanács – a hatalmi ágak közötti egyensúly fenntartását tűzi ki célul. Ez a funkció szövet-ségi államokban nyilvánvalóbb; az erősen centralizált francia államszervezetben nem a helyi és központi irányítás közötti hatáskör megosztásának fenntartása a probléma. Mint említettük korábban, az 1958-as alkotmányozó pontosan a parlamentarizmus „racionalizálását” szerette volna elérni az Alkotmánytanács felállításával. Mindössze annyi lett volna a tanács dolga, hogy pontosan meghatározza a vonalat a törvényhozó és a végrehajtó hatalom hatáskörei között. Az egyensúly fenntartása érdekében az Alkotmánytanács egyre inkább kiterjeszti a törvényhozó mozgásterét a végrehajtó hatalom rovására oly módon, hogy ugyanakkor a végrehajtó hatalomnak egyre szélesebb jogosítványai vannak a parlamenten belül (pl. a napi-rendi pontok szabad megváltoztatásának jogával).

A másik oldalon ott áll az Alkotmánytanács újjító szerepe. Ez a szerepkör nyilvánvalóan fontosabb, mint a védelmi funkció, ha elfogadjuk, hogy a „hatalommegosztás-alkotmány” fogalma helyébe napjainkra az „alapjogok garanciája-alkotmány” lépett. Míg Troper elméletében – Kelsenhez hasonlóan – az egyéni jogok voltaképpen az állam által adott felhatalmazások vagy az egyének számára átruházott hatáskörök, addig Rousseau-nál ezek alkotják a demokrácia lényegét. Ennek védelmét pedig napjaink bölcse, az etikai értelem nevében eljáró bíró tudja leginkább ellátni. A törvényes államban a képviselő figurája állt a középpontban. A Deklaráció 6. szakaszának második fordulata szerint az általános akarat formálásához az egyének közvetlenül vagy képviselők útján járulhatnak hozzá. Minthogy a közvetlen demokrácia háttérbe szorult, így a képviselő fejezte ki a nemzet akaratát, s legitimációja pedig abból fakadt, hogy a deliberáció nyomán megalkotott törvény kifejezi az Értelmet (*la Raison*). Ám a képviselő inkább a párt-

fegyelemnek megfelelően szavaz. Rousseau úgy látja, hogy ez az alkotmányos konstrukció nagyjából az I. világháborút követően hanyatlani kezdett. Helyébe lépett a jóléti állam konstrukciója, amelynek legfontosabb szereplője a hivatalnok, aki pedig legitimációját arra vezeti vissza, hogy révén érvényesül a társadalmi igazságosság. Míg az előző felfogásban a filozófiai, utóbbiban viszont a technikai értelem tölt be legitimációs szerepet. Ám ennek a konstrukciónak véget vetett az a belátás, hogy a jóléti állam hivatalnokai inkább gátjai, mint előrelendítői a társadalmi igazságosság megvalósulásának: a bürokrácia nem hatékony, az alapjogokra veszélyforrás, elveszi az iniciatívát a civil társadalom csoportjaitól. A Bíró feladata a Rousseau-féle elgondolásban, hogy az etikai (gyakorlati vagy axiológiai) értelem nevében kritizálja a technikai (vagy instrumentális) értelmet. Ez a legitimációjának végső alapja, közvetlenül pedig az, hogy ő képviseli a civil társadalmat.

Az alkotmánybíráskodást igazoló és a kontroll többségellenes jellegét tompító elméletek két fajtája között tesz Rousseau különbséget. A pozitivisták egyik csoportja – például a korábban már említett Kelsen, Eisenmann elméletei vagy a Vedel-féle „váltóórtan” – a procedurális felfogás mellett törnek lándzsát: „Egy törvénye alkotmányellenessége végső soron mindig az eljárás szabálytalanságára vezethető vissza.”⁸⁶ Az Alkotmánytanács tiszteletben tartja a többségi akaratot, mivel mindig csak az eljárás szabályosságát nézi. Ha pedig a törvény tartalmi értelemben vett alkotmányellenessége merül fel – ha például a törvényhozónak nem volt hatásköre egy meghatározott kérdéskörben eljárni – akkor viszont a törvényhozó, most már helyes eljárásban újra megalkothatja ugyanazt a törvényt, vagy módosíthatja az alkotmányt. A pozitivista érvelés második változata – amely ugyancsak harmonizál a többségi elvvel – az alkotmányozó hatalom – megalkotott hatalom distinkcióra épít. A kettő között hierarchikus viszony van. Az Alkotmány-

86. Eisenmann: *La justice constitutionnelle*. 17.

tanács feladata az, hogy, most már materiális értelemben is, megtiltsa a megalkotott hatalomnak, azaz a törvényhozónak, bizonyos, az alkotmányozó hatalom szándékával ellentétes törvény megalkotását. Ilyen értelemben az Alkotmánytanács tevékenysége során tiszteletben tudja tartani a népszuverenitás elvét, hiszen mindössze megtagadja azon jogszabály érvényességét, amelyet a megalkotott hatalom az alkotmányozó hatalom által felruházott hatáskörön kívül alkotott. Másfelől viszont az Alkotmánytanács maga is megalkotott hatalom. Ebből az következik, hogy mindig az alkotmányozó hatalomé, vagyis a népé az utolsó szó, amely – az „igazságosság ágya” eljárásnak megfelelő módon – felülbírállhatja az Alkotmánytanács döntését.

A természetjogi igazolásoknak ugyancsak két, egymáshoz igen közelálló fajtája van. Az egyik abból indul ki, hogy a Deklaráció kinyilvánította – vagyis nem megalkotta – az alapvető jogokat. Az elismert – transzcendens, érinthetetlen és egyetemes – jogok védelme szükségszerűen következik a kihirdetett jogok természetéből, hiszen azok függetlenek a törvényhozótól és a polgári társadalomtól. A Deklaráció 2. cikkelye kimondja: „Minden politikai társulás célja az ember természetes és eltörölhetetlen jogainak megőrzése.” Az Alkotmánytanács feladata ezért az, hogy megvizsgálja, a parlamenti többség tiszteletben tartotta-e ezeket a jogokat. Míg az Államtanács a közigazgatási aktusoknál vizsgálja a lehetséges önkényességet, az Alkotmánytanács ugyanezt teszi a törvényhozóval. A természetjognak ez az elmélete az államnak a jog alá vetését jelenti egy külső korlát révén (*heterolimitation*). A természetjogtan a jogállamiság nevében tehát elutasítja az önkorlátozást. A másik változat megpróbálja összeegyeztetni a többségi elvet és az alapjogok védelmét, méghozzá oly módon, hogy például a parlamenti kisebbség kezébe adja azt a fegyvert, hogy a többségi döntést megtámadja az Alkotmánytanács előtt. A normakontrollt gyakorló szerv feladata a többségi döntés alkotmányosságának megítélése. Mindkét modell problematikus, hiszen különböző mértékben ugyan, de az alkotmánybíró az

„alkotmány szája” modellt követik. Az alkotmányra úgy tekintenek, mint valami adottra; mintha a normák maguk birtokolnák jelentésüket. Úgy tesznek, mintha a megalkotott hatalom számára az alkotmányozó hatalom által adott szöveg és annak jelentése adott lenne. Ez a fajta elmélet a – rendes bíróságok által használt – szillogizmusra hasonlít: van egy P tartalommal rendelkező alkotmányos norma; van egy Q tartalommal rendelkező törvény; a törvény tehát alkotmányellenes. A probléma viszont az, hogy ez nem felel meg a valóságnak. Ahhoz hogy az Alkotmánytanács alkalmazhassa az alkotmányt, előbb meg kell állapítani a jelentését. Az alkotmányos blokkba illesztett normatív tartalom pedig eleve több jelentésű. Az alkotmánytanács politikai hatalmat gyakorol. De vajon ez miként egyeztethető össze a demokráciával? Nyilvánvalóan ez elsősorban attól függ, hogy mit értünk demokrácián. Ha egy demokráciában csak választás útján hatalomra kerülő és felelősségre vonható szervet értünk, úgy az értelmezés művészetét – valójában jogalkotást – végző Alkotmánytanács, amennyiben politikai szerv, antidemokratikus. Állítható az is, hogy az alkotmánykontroll legitim, mivel ennek működése olyan demokráciameghatározást feltételez, amely azt legitimmé teszi. Valójában az alkotmánykontroll arra kényszeríti a parlamenti képviselőket, hogy a törvénytervezetek, módosító és törvényjavaslatokat úgy készítsék el, hogy az alkotmányosság kritériumát kielégítse.

Az Alkotmánytanács az „általános akarat versengő kimondásának szervezetében” (*régime d'énonciation concurrentiel de la volonté générale*) az egyik cselekvő. A törvényt ugyanis négy intézmény alkotja meg: a kormányzat (pl. törvény-előterjesztés); a Parlament (pl. szavazás); az Elnök (pl. törvényki hirdetés) és az Alkotmánytanács. Ezek az intézmények egymással versenyeznek; ahol a versengés tárgya – a megfelelő eljárási szabályok mentén és különféle legitimációval – maga a törvényt szöveg – pontosabban a normajelentés – birtokolása. A kormányzat a programját törvénytervezetekké alakítja át; a Parlament megvitatja ezeket a szövegeket; a Tanács pedig az

alapjogi kontroll alá veszi ezt s döntést jogászai érvelés keretei között hozza meg. Végül a köztársasági elnök mindezt kihirdeti. Vagyis mindegyik intézmény a maga módján hozzátesz az általános akarat formálásához. Az Alkotmány 62. cikkelye értelmében az Alkotmánytanács döntései kötelezőek „minden közhatalomra (*pouvoir public*) és minden közigazgatási és bírósági szervre”. A kérdés most már az, hogy miként korlátozza a fenti intézményrendszer az Alkotmánytanácsot. Rousseau e tekintetben igen közel áll Troperhez. Elméletileg teljesen szabad az Alkotmánytanács, a valóságban azonban számtalan kényszer korlátozza, még hozzá a versengésben részt vevő többi intézmény értelmezése révén. A Parlament ugyanis a vita során már kialakítja a saját törvény- és alkotmányértelmezését, a jogászprofesszorok – vagyis a doktrína – álláspontjaik révén ugyancsak meghatározzák a jelentéseket; a támadott törvény ellen egyesületek és újságírók lépnek fel a maguk értelmezésével. S van még egy kényszer, ez pedig magának az Alkotmánytanácsnak a saját joggyakorlata. Ahhoz ugyanis, hogy kötelező lehessen a döntés, a joggyakorlatnak koherensnek kell lennie. Rousseau példaként az Alkotmánytanács bioetikáról (mesterséges megtermékenyítésről) szóló határozatát említi,⁸⁷ ahol megszületett az emberi méltóság elve. Látszólag arról van szó, hogy az Alkotmánytanács diszkrecionális jogkörében egy újabb elvet kreált. Valójában bárki által ellenőrizhető és befolyásolható volt a döntés, és az adott ügyben valóban meg is vitatták, hogy az emberi méltóság vajon befér-e az alkotmányos tömb elvei közé vagy sem. Más felsőbbbíróságok az emberi méltóság elvét már inkorporálták a joggyakorlatukba. Az Alkotmányrevízióért felelős Vedel-bizottság az emberi méltóság elvét önálló alkotmányos szabályként vezette volna be az alkotmányba. A törvényhozó törvényben szerette volna rögzí-

87. CC. 94-343-344 D.C. 27 juillet in Louis Favoreu – Loïc Philip: *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 13. kiad. Párizs: Dalloz 2005. 775–792.

teni az emberi méltóság védelmét, a köztársasági elnök pedig nyíltan az alkotmány kiterjesztésére kérte fel a testületet. Az Alkotmánytanács tehát nem döntött „szabadon”, de indokolásában saját joggyakorlatára támaszkodott. Végülis egy köztes megoldás választásával az emberi méltóság elvét ugyan nem emelte be a „köztársaság törvényei által elismert elvek” sorába, de elismerte ennek az elvnek az alkotmányos értékét (*principe de valeur constitutionnel*). Az Alkotmánytanács döntése során tehát figyelembe veszi a versengő értelmezéseket. Az értelmezés legitimitása nemcsak az alkotmányos megalapozottságtól függ, hanem attól is, hogy a politikai közösség elismeri-e az értelmezési gyakorlatát. A többségellenesség problémája, vagyis az az anomália, hogy az Alkotmánytanács tagjai nem választás útján, hanem kinevezéssel kerülnek „hatalomra”, s hogy „felelőtlenek” azonban ezzel nem oldódott meg.

Rousseau ezért inkább a demokrácia deliberatív elmélete mellett kötelezi el magát, ahol az érvek és jelentések szabad áramlása után az Alkotmánytanács legitim módon dönt, ezzel érvényesítve az egyéni jogokat, amely nélkül nem lehetséges demokrácia. A jogokról szóló vitának soha sincsen vége egy demokráciában, pontosan azért, mert ebben az államformának a lényege, hogy nincs olyan autoritás, amelyik véglegesen döntene. Az Alkotmánytanács nem is annyira a hierarchiára támaszkodik, mint inkább arra törekszik, hogy biztosítsa azt az eljárást, amelynek keretében az érvelések és az értelmezések szabadon áramolhatnak, s ennek megfelelően értékeli ezeknek az érvényességét és ésszerűségét. A legfontosabb feladata azonban az, hogy a törvényhozót a diskurzus szabályai alá vesse. Az Alkotmánytanács belép abba a vitába, ami a parlamenti többség és kisebbség között zajlik, oly módon, hogy azok arra kényszerülnek, hogy újabb és újabb érveket szögezzenek egymásnak. Az alkotmányos jogok versengő értelmezései között a választás sohasem végleges. Az alkotmány „él”; Habermas szavaival szólva egy „befejezetlen projekt”. Ebben a demokráciafelfogásban az Alkotmánytanács feladata az, hogy a nép (civil társadalom)

tükre legyen, hiszen az alkotmány az egyéni jogok garanciája. Az Alkotmánybírászkodás láthatóvá teszi azt, amit a képviseleti rendszer megkísérel elrejteni.

C) Az alkotmányértelmezés mint dialógus

Mint láttuk, mindkét tan valamilyen módon az elismerési szabály „karbantartásának” dialogikus modelljét vázolja fel, ami a diffúz és centralizált alkotmánykontroll között elhelyezkedő intézményrendszerben nem is annyira meglepő. A dialógusnak ugyanakkor van egy még konkrétabb megjelenési formája is. Ennek bemutatásakor induljunk ki abból az empirikus megállapításból, hogy az elismerési szabály értelmezésének ott alakul ki a legcizelláltabb értelmezési rendszere, ahol ennek a szabálynak tekintélye van.

A tekintély egyik indikátora az, hogy magának a szabálynak a többi elsődleges és másodlagos szabályhoz képest megkülönböztetett helye vagy a jogrendszerben. Mint említettük, az alkotmány különleges helyzetét, vagyis azt, hogy normaként fogják fel, és hogy a jogi hierarchia legtetején helyezkedik el, a francia doktrína nem mindig fogadta el. De még a III. Köztársaságban is volt olyan alkotmányos törvény, amely a módosíthatatlanság érvén kiemelt egy bizonyos, a köztársasági államforma megváltoztatásának tilalmát kihirdető alkotmányos törvényt a többi közül, így voltaképpen hierarchikus viszonyt alakított ki. Az alkotmány elsődlegességének garanciája ilyenformán a módosítás megnehezítésével képzelhető el. Minél inkább módosíthatatlan, vagyis merev az alkotmány, annál inkább állandó a normatartalom, így ebből az következik, hogy összetett az arra vonatkozó értelmezési szabályok rendszere. Az értelmezési kánonok listája ilyenkor igen hosszú. Ha viszont hajlékony az alkotmány, állandóan változik a normatartalom, és nincs annyira szükség ilyen, a másodlagos szabályok értelmezésére vonatkozó értelmező szabályokra. Mint láttuk a *Code civil* esetében, ezeket a szabályokat végül a doktrína alakította ki, hiszen – a 4. szakasz értelmében – a bírónak minden esetben döntenie kellett, a törvényhozóhoz

tehát nem fordulhatott. A dogmatika – egzegéta iskola követői szerint – feladata, hogy kidolgozza a felmerülő jogesetekre vonatkozó megoldásokat.

A francia alkotmányok azonban, szemben a polgári törvénykönyvvel, sohasem voltak merevek. A kérdés rendszerint ezért nem is az „utolsó szó jogával”, hanem a szerző (vagyis az alkotmányozó és a törvényhozó hatalom), valamint a jogszabály (az alkotmány és a törvény) közötti lehetséges különbséggel összefüggésben merült fel. A tökéletesen merev alkotmány esetében alkotmánybíráskodás mindenestre illegitim, hiszen így az utolsó szó joga mindig az értelmezőt, s nem pedig a szerzőt illelné meg. Érdekes módon, s ez a francia megoldás sajátossága, ebből nem következik ennek az ellenkezője. Az alkotmánybíráskodást ugyanis az alkotmányok hajlékonysága ellenére igen sokáig illegitimnek tartották. Ennek hátterében az állt, hogy sokáig azt gondolták, az általános akaratot tévedhetetlenül fejezi ki a képviselőin keresztül a nép: a rousseau-i tannak megfelelően Franciaországban a törvény a szent, nem pedig az Alkotmány. A francia jogrend egyetlen elismerési szabályának sem volt tehát olyan tekintélye, mint az Egyesült Államok jogrendje esetében. Nem is alakulhattak ki ezért olyan cizellált (vagy dogmatikus) francia alkotmányértelmezési iskolák, mint ott. Az értelmezéstanok nagy része alapvetően inkább a magánjogból vagy recipiált doktrínákból származik. Ezek alkalmazása viszont két okból nehéz: egyfelől azért, mert ehhez azt kell feltételezni, hogy a rendes és az alkotmánybíráságok értelmezése között nincsen különbség, másfelől azt kell bizonyítani, hogy a recipiált tan illeszkedik a francia jog „szelleméhez”, vagyis az intézményrendszer felépítéséhez, a törvény kitüntetett szerepéhez és az *a priori* kontroll kizárólagosságához.

Annak is, aki amellet érvel, hogy ez a döntés az egzegéta hagyományhoz illeszkedik, meg kell válaszolnia azt a kérdést, hogy ki a szuverén, aki képes dialógust folytatni a normakontrollt végző szervvel. A dialógus kritériuma, hogy a válaszoló fél az Alkotmánytanács felett álljon. Ha tehát elfogadnánk, hogy az Alkotmánytanács és a Parlament mint a szuverén akaratá-

nak együttes kifejezői – vagyis annak képviselői – egy szinten helyezkednek el, akkor is bizonyítani kell, hogy az alkotmányozó hatalom felette áll mindkettőnek. De vajon ki az alkotmányozó hatalom? A nép valójában csak az alkotmány elfogadásáig – referendummal való megerősítéséig – gyakorolja ezt a hatalmat, onnantól kezdve már az alkotmány által megalkotott nép lesz – vagyis nem alkotmányozó, hanem megalkotott hatalom –, amely közvetlenül vagy képviselői útján fejezi ki az akaratát. A nemzet ideális kategória, amely képtelen akarata kifejezésre, így nem tud állást foglalni alkotmányos vitában. A forradalmárok a két fogalmat szinonimaként használták, így az alkotmányozói szándék – a 89-es Deklaráció esetében – aligha lehet interpretatív mérce. Pontosabban – és ez volt az 1789-es, valamint a „nemzeti forradalom” lényege is – forradalom révén új alkotmányt hozhat.

A jogi értelemben vett forradalom célja az átfogó alkotmányrevízió, vagyis a fennálló alkotmány elveinek teljes átalakítása. Ennek lehetősége nyilván sohasem zárható ki, de az Alkotmánytanács által adott értelmezésre a válasz inkább az értelmezett szakaszra vonatkozó részleges alkotmányrevízió lehet. A kérdés tehát az inkább, hogy vajon az alkotmányozó hatalom felöleli-e a revíziónak ezt a formáját, vagy inkább ez egy olyan hatáskör, amit nem maga az alkotmányozó hatalom, hanem az abból levezetett alkotmányozó hatalom végezhet el. Ez pedig a Kongresszus, amely az alkotmánymódosítást lebonyolító intézmény pedig mindössze az összetétel és a szavazati arány tekintetében különbözik a parlamenttől. Miként Troper érveléséből is kitűnik, az ilyen típusú alkotmányozórevízió vagy -értelmezés demokratikus jellege attól függ, hogy a többségi elvnek milyen értelmezést adunk, vagyis ha jó érvek szólnak amellett, hogy a nagyobb többség igazságosabb szabályt alkot, mint az egyszerű többség. S bizonyos szakaszok módosíthatatlanok, vagyis az alkotmányozó hatalom nem is válaszolhat a revízió segítségével.

A módosíthatatlan szakaszok egyike a republikánus államformát védi, a másik, inkább vitatható értelmezéssel, a Dek-

laráció „eltörölhetetlen” szabadságjogairól szóló cikkelye. Vedel tisztában volt ezzel a problémával, s ezért vezette be legalábbis elméletileg lehetséges megoldásként a „kettős revízió” fogalmát. Az 1946. évi alkotmány 95. szakaszát elemezve – „kormányzat republikánus államformája nem lehet alkotmánymódosításra vonatkozó javaslat tárgya” – azt állítja, hogy a kettős revízió során először a szakasz módosíthatatlanságra vonatkozó részét kell módosítani, majd pedig megváltoztatható a republikánus államforma is. A helyzet pikantériája, hogy ugyanezt az érvet használták a „nemzeti forradalom” idején is, igaz, akkor a módosíthatatlanságot „csak” a III. Köztársaság alkotmányos törvényei mondták ki (1884. augusztus 14-i törvény).⁸⁸

E technika legismertebb kritikáját Ross adta. Őszerinte azonban a saját magára referáló szabályok esetében ez a lehetőség, vagyis a revízió revíziója logikailag kizárt.⁸⁹ Az érvelés szempontjából teljesen mindegy, hogy a módosíthatatlanságot egy vagy több szabály konstruálja, ám az viszont korántsem lényegtelen, hogy ezek az alkotmány szabályai, azaz ugyanazon a szinten helyezkednek el. Ha az alkotmányozó hatalom közbelép, akkor az alkotmánymódosítás jogi alapja értelemszerűen az alkotmány módosítására vonatkozó szabály lesz. Ám a cél pontosan ennek a szabálynak az eltörlése lesz: a módosítás módosításának jogi alapja tehát a módosítást meghatározó norma. Ha ezt eltörlik, akkor az előbbinek viszont nincsen jogi alapja.

A „kettős revízió” logikailag lehetetlen, de ebből szükségszerűen nem következik, hogy jogilag ne lenne lehetséges. Hiszen a jogalkotónak nem feladata az, hogy paradoxonokat oldjon meg. A revízió e módja ezért inkább politikailag elfogadhatatlan, hiszen az alkotmánymódosításra vonatkozó

88. Georges Vedel: *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, [1949] Párizs: Dalloz 2002. 117.

89. Claude Klein: *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Párizs: P.U.F. 1996. 123–131.

jogkör ilyen típusú megsértése az alkotmány szellemébe ütközik. Ezt maga Vedel is elismerte.⁹⁰ Pierre Pactet és Ferdinand Mélin-Soucramanien szerint pedig megtevesztő két lépésben történő revízióról beszélni, hiszen valójában egy, jogellenes lépésről van szó. Az első revízió ugyanis nem is szolgál mást, minthogy előkészítse a másodikat.⁹¹ A kőbe vésett klauzulához, a 89. szakasz 5. sorához tehát az alkotmányozó hatalom se nyúlhat. De mit jelent maga a szakasz? Az Alkotmánytanács az alkotmányforma megváltoztatásának tilalma elleni javaslatokat nemcsak a szakasz betűje, hanem magának az alkotmánynak a szelleme vagy a jogrend „alkotmányos identitása” (*identité constitutionnelle*) elleni támadásként értékeli. Az alkotmány szellemét pedig a rendszertani értelmezéssel – vagyis a 89. szakasz és az 1. szakasz egybeolvasásával – felismert következő elvek alkotják: a köztársaság oszthatatlan, laikus, demokratikus és társadalmi. Az alkotmányfeletti elvekbe ütköző alkotmánymódosítás kérdése már a századforduló irodalmában megjelent.⁹² A revízió nem pusztán elméleti jellegű probléma. A maastrichti szerződések francia jogrendbe való bevezetése ugyanis pontosan ezt a dilemmát vetette fel.⁹³ Anélkül, hogy a döntések részletes elemzését elvégeznénk, mindössze jelezzük azt a dilemmát, amivel szembe kellett nézni az Alkotmánytanácsnak. Vagy az alkotmány szó szerinti értelmezése révén továbbra is a kontroll procedurális változatát gyakorolja, ami azt jelenti, hogy pusztán azt vizsgálja, vajon az alkotmányrevízió a megfelelő eljárás útján megy végbe, avagy, az alkotmány szellemére tekintettel az alkotmányrevíziónak

90. Georges Vedel: *Souveraineté et supraconstitutionnalité*, *Pouvoirs* 67 (1993). 89. sk.

91. Pierre Pactet – Ferdinand Mélin-Soucramanien: *Droit constitutionnel*, 25. kiad. Párizs: Sirey 2006. 72.

92. Pl. Mauric Hauriou: *Précis de droit constitutionnel*, 2. kiad. Párizs: Sirey 1929. 269. skk.

93. CC 92-308 DC, 9 avril 1992, Maastricht I, Rec. 55.; CC 92-312 DC, 2 septembre 1992, Maastricht II, Rec. 76.

korlátot állít fel, például a módosíthatatlan klauzula tartalmának kibontása révén.⁹⁴

A dialógus – mivel *a priori* kontrollról van szó – más, „könnyebb” esetekben könnyebben működtethető. A kontroll e formájának az az előnye, hogy a dialógusban kialakuló törvény egyre inkább az alkotmányosság felé halad. Ezért általában az Alkotmánytanács felteszi az összes lehetséges alkotmányos kérdést. Nemcsak a szóban forgó rendelkezését, hanem rendszerint a teljes szöveget is értelmezi. Így az Alkotmánytanács a támadott rendelkezéshez fűzött indokolás alkotmányellenes motívumait kicserélheti, s kiterjesztheti az értelmezési hatáskörét a törvény nem támadott rendelkezéseire is. Felhívhatja a figyelmét a törvényhozónak arra, hogy a támadott rendelkezés alapjául szolgáló tényeket rosszul ismerte fel, vagy hogy a törvénynek valójában nem az a tartalma, amit a törvényhozó gondol. Megteheti, hogy azért helyezze hatályon kívül a rendelkezést, mert az új norma nem rendelkezik azokkal az alkotmányos garanciákkal, amelyek a korábbi jogszabálynál még megvoltak. De a legjobb példa a dialógusra, amikor az Alkotmánytanács kétszer „beszélget” a törvényhozóval (ami a sarkalatos törvények esetében kötelező), s az első forduló után direktívákat fogalmaz arra vonatkozóan, hogy a rendelkezés milyen értelmezés mellett vagy változtatásokkal lesz alkotmányos.⁹⁵

94. Guillaume Drago: *Continetieux constitutionnel français*, Párizs: P.U.F. 1998. 270.

95. Vö. *uo.* IV. fej.

6. Az eredeti originalizmus avagy az originalizmus eredete

A „kozmozopolita konstitucionalizmus” korszakában élünk; olyan korban, amikor „a jogászok egyre gyakrabban tekintenek túl a határokon és más bíróságoktól kölcsönöznek ötleteket”.⁹⁶ A jogkölcsonzés valójában semmi új nincsen. Egy jogcsaládon belül sohasem gördült túl sok akadály a – főként magánjogi – jogintézmények „mozgásának” útjába.⁹⁷ Ha van egyáltalán valami új a nap alatt, akkor az talán az, hogy egy ideje jogértelmezési módszerek, doktrínák és iskolák „vándorolnak” nemcsak a – római kor óta tradicionálisan „kozmozopolita” – magánjog, hanem az alkotmányjog területén is.

S talán még ez sem egészen új jelenség a jogban? Jelen fejezetben arra vállalkozunk, hogy egy sajátosan amerikainak tűnő csoportosulás tanait vegyük szemügyre a kérdés által felvetett probléma szemszögéből nézve. E csoportosulás az originalistáké, ami pedig azon legfelsőbb bírák és professzorok laza közössége, akik szerint az alkotmányt úgy kell értsük, ahogyan azt az alkotmányozók és az alkotmánykiegészítések szerzői szándékozták.⁹⁸

96. Choudhryra hivatkozva állítja Jeffrey Goldsworthy: Introduction, in Jeffrey Goldsworthy (szerk.) *Interpreting Constitutions. A Comparative Study*, Oxford: Oxford University Press 2006. 3.

97. Vö. Konrad Zweigert: *Zur Lehre von den Rechtskreisen*, in *XXth Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema*, Leyden: Sythoff 1961. 42–55.

98. Originalizmus mellett pl. Antonin Scalia: Originalism: The Lesser Evil, *University of Cincinnati Law Review* 57 (1988–1989). 849–865. Originalizmus ellen pl. Ronald Dworkin: The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe and Nerve, *Fordham Law Review* 65 (1996–1997). 1249–1268.; James Boyd White: Constructing a Constitution: „Original Intention” in the Slave Cases, *Maryland Law Review* 47 (1987–1988). 239–270.; John Harisson: Forms of Originalism and the Study of History, *Harvard Journal of Law and Public Policy* 26 (2003). 83–94.; Allen R. Kamp: The Counter-Revolutionary Nature of Justice Scalia’s „Traditionalism”. *Pacific Law Journal* 19 (1995–1996). 99–120.;

6.1. Mondják gyakran, hogy ez az originalistának nevezett bíró konzervatív. Olyan értelemben ez igaz is, hogy bizonyos igényeket, amelyeket rendszerint liberálisnak nevezett tartanak napirenden, nem hajlandó megtalálni az alkotmányban. Így rendszerint elutasítja, hogy a „megfelelő eljáráshoz” (*due process*) való jogot deklaráló cikket vagy a „kegyetlen és szokatlan büntetés” (*cruel and unusual punishment*) fogalmát tartalmi értelemben értsék, és hogy azt „fejlődő mércék” (*evolving standards*) mentén értelmezzék.⁹⁹

A jellemzés bizonyos értelemben azonban félrevezető. Az alkotmányértelmezés művészetének kérdése ugyanis *elsődleges* ahhoz képest, hogy a döntésnek milyen politikai hatásai vannak, és hogy a bíró milyen attitűdöt tanúsít. A kiinduló probléma tehát valójában nem az, hogy a Legfelsőbb Bíróság bírása inkább konzervatív vagy inkább liberális. Ez „benne van” az alkotmányos játszmában, hiszen a bírák jelölése és megválasztása is politikai kérdés, másfelől viszont vannak bírák, akik „csalódást” okoznak a jelölőnek. Sőt, ha például a szólásszabadság hatáiról van szó, amelyre vonatkozóan kellemő mértékű textuális alapot biztosít az amerikai alkotmány, az originalisták rendszerint liberális felfogást vallanak. S vannak olyan esetek is, ahol két originalista sem jut mindig megegyezésre a tekintetben, hogy mond-e valamit az alkotmány, és ha igen, akkor mit, többek között azért, mert többféle originalizmus létezik. Így fordulhat elő az, hogy később az egyik originalista álláspontját liberálisnak, a másikat konzervatívnak nevezik. Az originalisták alkotmányos és tengerentúli értelem-

Michael J. Perry: The Authority of Text, Tradition, and Reason: A Theory of Constitutional „Interpretation”, *Southern California Law Review* (1985). 551–602. Lásd még Cass R. Sunstein: Five Thesis of Originalism, és Friderick Schauer: Defining Originalism, *Harvard Journal of Law and Public Policy* 19 (1995–1996). 343–346; 311–315.

99. A legtöbb originalista és szövegközpontú számára a *substantive due process* kifejezés *contradictio in adiecto*. Az ellenfelek szerint (pl. Dworkinnál) tartalmi értelemben vett „megfelelő eljárás” bizonyos erkölcsi elvek érvényesülését garantáló eljárási szabályokat jelenti.

ben konzervatívok. De nem általában ragaszkodnak a hagyományhoz – amennyiben ez a konzervativizmus konstitutív eleme –, hanem egy bizonyos hagyomány egy bizonyos olvasatát tekintenék zsinórmértéknek. Az alkotmány tehát norma (és nem pedig egy szerződés vagy hallgatólagos megállapodás),¹⁰⁰ amelynek objektív jelentése van.

Ám megfigyelhető, hogy a brit konzervativizmus által az organikus fejlődés garanciájának tekintett precedenseknek az originalisták *semmiféle* önértéket nem tulajdonítanak. Bizonyos precedenseket, mint a már meglévő jog bizonyítékait a bírói értelmezési hagyomány elemeinek tekintenek, másokat pedig egyszerűen rossz és felülbírálandó döntéseknek tartanak. És ami talán a legmeglepőbb egy kontinentális jogfilozófus számára, hogy például a Scalia-féle szövegközpontú olvasat a döntés helyességének mércéjéül – a szigorú szószerintiség és a filozófiaellenesség egyidejű fenntartása mellett – a *természetjogot* tekinti. Ez a fajta konzervativizmus tehát úgy fedezi fel a történelmet mint utat az alkotmány jelentéséhez, hogy közben nem fogadja el a historicista relativizmust.

Plucknett szerint egyébként II. Edward uralkodásának elején a bíróságoknak semmiféle nehézséget nem okozott a törvényhozás szándékát megvitatni, minthogy a bírák maguk ismerték, osztották és kötelezőnek tartották a jogalkotási elveket (*since the judges themselves bore the principal share in law-making*). Később már nem maguk a bírák, hanem egy hagyomány őrzi meg a törvényhozói szándékot. A hagyomány egy idő után nem volt kielégítő, ezért a harmadik szakaszban a jogalkalmazók a törvényben lévő belső bizonyíték (*internal evidence*) alapján felruházzák szándékkal a törvényhozót.¹⁰¹

100. Vö. Christopheher Wolfe: Alkotmánybíráskodás és demokrácia, ford. Bánfalvi Attila, in Paczolay Péter (szerk.): *Alkotmánybíráskodás – alkotmányértelmezés*, Budapest: 1995.

101. Theodor Plucknett: *Statutes and Their Interpretation in the First Half of the Fourteenth Century*, Cambridge: Cambridge University Press 1922.

Mindezzel összefüggésben talán nem érdektelen megjegyezni, hogy a nyilvánvalóan természetjog-ellenes, erkölcsi relativista Posner számára nemcsak az „akadémikus moralista” megközelítések, hanem az originalista tanok is egyaránt elhibáztak. Számára éppen valamiféle szociál-darwinizmus jelenti a helyes döntést garantáló jogfejlődést. Paradox módon viszont éppenséggel ez a *historical jurisprudence* iskolájának is a legfontosabb jellemvonása. Így az előbb idézett Pollock szerint „a történeti módszer nem más, mint az evolúció tanának alkalmazása az emberi társadalmakra és intézményekre. (...) Savigny és Burke darwinisták voltak Darwin előtt.”¹⁰² Posner ezzel a nézetével tehát közelebb került az európai historicizmushoz, mint a folyton történelemre és hagyományra hivatkozó originalizmus.¹⁰³

Történt bármi is a múltban, az originalistáknak minden esetre szüksége van egy objektív mércére, azaz a természetjogra, ami segít megítélni, hogy melyik precedens „jó”, és melyik „rossz”. E mérce bevezetése úgy indokolható, hogy az alkotmányozók szándéka kiterjedt arra, hogy a természetjog legyen a jogrendszer integráns része. Az alkotmányozók Coke, Blackstone tanai mellett olyan filozófiai tanok hatása alatt „akarhatták” ezt, mint az amerikai jogászai közfelfogást erősen befolyásoló Locke, Grotius, Vattel vagy Pufendorf.¹⁰⁴

Tegyük most félre a politikai vagy jogi konzervativizmus kérdését, és jellemezzük két állítással az originalista módszertant! A pozitív állítás szerint az alkotmányt úgy kell értelmezni ahogyan az van; és a negatív állítása szerint pedig, amenny-

102. Friderick Pollock: *English Opportunities in Historical and Comparative Jurisprudence*, in uő: *Oxford Lectures and Other Discourses*. London: Macmillan 1890. 41.

103. Vö. pl. Richard A. Posner: Az erkölcs- és jogelmélet kérdései, ford. Kondorosi Nóra – Paksy Máté – M. Tóth Balázs, in „Gazdasági alkotmányosság” *Fundamentum* (2005) 4. 5–50, kül. 16 skk., 36., 42 sk.

104. Walter F. Murphy: Az alkotmányértelmezés művészete. Bevezető ismertetés, ford. Bánfalvi Attila in Paczolay Péter (szerk.): *Alkotmánybíráskodás – alkotmányértelmezés*. 153–187, 161., 162., 164 skk., 165 sk.

nyiben, az alkotmányozók „nem mondanak semmit” az adott ügyről, úgy „nincs mit tenni” (tehát a kérdéses jogszabály nem alkotmányellenes avagy magát az alkotmányt kellene módosítani). A pozitív állítás egy jogértelmezéstanra, a negatív pedig a bírói önkorlátozás egy technikájára utal.

Felvethető, hogy egyáltalán értelmezéstannak tekinthető-e egy olyan felfogás, amely gyakorlatilag az értelmezés kiiktatására törekszik. A felvetés önmagában nem értelmetlen; talán volt is olyan álláspont a kontinentális felvilágosodás doktrínái között, amely azt tanította, hogy a jogszabály szövege, minden további értelmezés nélkül közvetlenül adott a befogadó számára. Michel Troper szerint a 18. század nagy gondolkodói nem törődtek sokat az értelmezés szükségességével.¹⁰⁵ Perelman pedig úgy értelmezte még az egzegéta iskolát is, mint amely szembeállította a szöveg világosságának (*clarté*) és az értelmezésnek (*interprétation*) a fogalmait.¹⁰⁶ Legerősebb értelemben ez a fajta intencionalizmus *megegyezik* a nyelvtani (értsd: filológiai) értelmezéssel, vagyis a radikális originalista ugyanazt állítja, mint a szövegközpontú (*textualist*) iskola. A klasszikus doktrína – amely a *common law* jogcsalád törvényértelmezés-tanát is jellemezte – szerint a jogalkotó szándéka *tökéletesen* átfogja a jogszabály szövegét. És fordítva is igaz ez a tétel. A szöveg jelentése tehát az, amit a törvényhozó akart mondani, és azt akarta mondani, amit a szöveg jelent.

De a legtöbb originalista tan továbblép a kontextus irányába, és elfogadja, hogy a szövegértelmezéséhez felhasználhatóak szövegen kívüli források. Az „alkotmány ahogyan van” tétel tehát az originalistákat rögvest három eltérő irányba – az eredeti jelentés (*original meaning*), az eredeti szándék (*original intention*) és az eredeti megértés (*original understanding*) – irányába vezeti el.

105. Michel Troper: L'Etat de droit est-il un Etat limité? *Revue hellénique des droits de l'homme* (1999) 3. 550.

106. Chaïm Perelman: *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, (1979) Párizs: Dalloz 1999. 36.

Az eredeti jelentés tana szerint az alkotmányt oly módon kell értelmezni, amilyen jelentéssel a szöveget az alkotmányozók egykor felruházták. Ezt a módszert alkalmazva az originalista bíró – kétség esetén – elő kell, hogy vegyen egy 18. században kiadott angol nyelvű értelmező szótárt.

Ha az eredeti szándékra irányul a jogalkalmazó kutatási tevékenysége, úgy megkísérli feltárni, hogy az alkotmányozó szándéka mire irányulhatott. A szándék nem formális (ti. nem pusztán az érvényesség vagy a kötelező erő akarása), hanem materiális (vagyis a jogszabály tartalmára irányuló). A „szándék” kifejezést továbbá nem szubjektív értelemben kell érteni: csak a nyilvános szándék lehet a kutatás alapja, ami tehát

„(...) nem az egyéni szándékra irányul. Alkotmányolvasatunkat a legkevésbé sem befolyásolná, ha valaki megtalálná George Washington Mártának címzett levelét, amelyben elmeséli, hogy amit ő a »rendes adóztatási hatalmon« ért, nem ugyanaz, mint amit mások értenek a kifejezésen.”¹⁰⁷

A materiális-nyilvános szándékra a *travaux préparatoires* a bizonyíték, ami az amerikai alkotmány esetében, más források mellett a *Federalist Papers* is.

A háromféle originalizmus közül a legtágabb manőverezési lehetőséget a legutolsó, az eredeti megértés adja. Ebben az esetben már nem pusztán a törvényhozó, hanem a politikai közösségnek az attitűdje az, amit figyelembe kell venni. Ilyenkor például számot vet egy originalista azzal, hogy a jogszabály megalkotását milyen uralkodó eszmék (pl. igazságosságfelfogások) befolyásolták. Plucknett szerint egyébként II. Edward uralkodásának elején, a bíróságoknak semmiféle nehézséget nem okozott a törvényhozás szándékát megvitatni, minthogy a bírák maguk ismerték, osztották és kötelezőnek tartották a jogalkotási elveket. A bírák halála után az értelmezési hagyó-

107. Robert H. Bork: *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, New York, London: The Free Press 1990. 144.

mány őrzi meg a törvényhozói szándékot. E hagyomány egy idő után nem volt kielégítő, ezért a harmadik szakaszban a jogalkalmazók a törvényben lévő belső bizonyíték (*internal evidence*) alapján felruházzák szándékkal a törvényhozót. Így taníthatta később Miller bíró is, hogy „...az alkotmány nyelvezetének értelmezésekor... a lehető legteljesebben bele kell élnünk magunkat azoknak az embereknek a helyzetébe, akik ezt az okmányt alkották”. Vagy idézhetnénk Black bíró álláspontját is, aki szerint az I. alkotmánykiegészítés értelme azon időszak háttérének és környezetének vizsgálatával tárható fel, melyben az alkotmány nyelvezete kialakult és elfogadásra került.¹⁰⁸ Perry – Monaghan felfogását elemelve, valamint Brest egy ismert tanulmányára hivatkozva – az originalista tant mindenek fényében úgy határozza meg, mint amelyik szerint „az alkotmányszöveg értelmezése a szövegben oly módon megtestesülő politikai-erkölcsi ítéletek keresése, ahogyan azokat a ratifikálók értették”.¹⁰⁹

Greenawalt még egy további kritériumot is hozzátesz a fenti hármas osztályozáshoz. Nevezetesen, vannak olyanok, akik számára az alkotmány elfogadóinak (akik tehát megszavazták a ratifikációt) a szándéka számít, s vannak olyanok is, akik inkább arra figyelnek, hogy a jogászok és általában az emberek hogyan érthették az alkotmány elfogadásakor annak nyelvezetét.¹¹⁰ Utóbbiból ugyanis vissza lehet következtetni arra, hogy a törvényhozó mit akarhatott mondani.¹¹¹

Bármelyik technikát is nézzük, azok mindegyikében közös az az elvárás, hogy a jogalkalmazó gyakoroljon önkorlátozást az értelmezés terén. Az alkotmányszöveg tehát korlátoz, még pontosabban az originalizmus negatív tézise szerint a jogalko-

108. Murphy: Az alkotmányértelmezés művészete. 167.

109. Perry: *The Authority of Text, Tradition, and Reason*. 555.

110. Vö. Kent Greenawalt: Are Mental States Relevant for Statutory and Constitutional Interpretation? *Cornell Law Review* (1999–2000). 1609–1672, 1613.

111. *Uo.* 1621.

tói szándékkör felrajzolása kizárja bizonyos – például az internet, a biotechnológia, a mobiltelefon által felvetett – problémakörök alkotmányszöveg alá sorolását.

6.2. Mint egy „hátrafelé tekintő tan”,¹¹² az originalizmus egyik erénye az lenne, hogy mozgósítani tud nemcsak normatív, hanem történeti érveket is. Ehhez egy meggyőző elbeszélésre lenne szükség; olyanra, amely – amerikai tanként – számot vet a brit *common law* sajátosságaival is, hiszen köztudott, hogy az amerikai alkotmányosság sohasem született volna meg abban a formában, amit mi ismerünk, ha az Egyesült Államok egykor nem lett volna angol gyarmat.¹¹³

Mielőtt az Egyesült Államok megszületett volna, a legfontosabb alkotmányos viták Angliában (nagyjából a dicsőséges forradalomig) arról szóltak, hogy az alkotmányként felfogott *common law* vajon korlátozhatja-e a törvényhozót. Egy originalista számára egy olyan precedens, mint a Bonham-ügy, tehát mindössze annyiban lehet releváns hivatkozási alap, amennyiben azt úgy értelmezi, hogy az kimondja: a parlamenti aktus felett létezik egy másik jogforrás, amely az előbbi felett kontrollt gyakorol. A forradalom után az angol alkotmányfejlődés viszont nem a bírói kontroll intézményesítése és megerősítése felé vette az irányát, hanem éppen ellenkezőleg, a *King-in-Parliament*-szuverenitás dogmáját fogadta el. Paradox módon ezzel járult hozzá a *judicial review* amerikai tanának kialakulásához. A tengerentúlra tehát nem a korlátozhatatlan

112. Dworkin olykor „historicismusnak” is nevezi ez originalisták felfogását. Vö. Ronald Dworkin: *Law's Empire*, London: Fontana Press 1986. 357 skk. Mint fent említettem, a historicizmus többjelentésű fogalom.

113. Paczolay Péter: Alkotmánybíráskodás a politika és a jog határán, in Paczolay Péter (szerk.): *Alkotmánybíráskodás – alkotmányértelmezés*. 9–31, kül. 11 skk; Mauro Capelletti – William Cohen: Az alkotmánybíráskodás története és jelenkori elterjedése, ford. Csányi Attila Mihály, in Paczolay (szerk.): *Alkotmánybíráskodás – alkotmányértelmezés*. 42–52, kül. 42 skk.

szuverén gondolata, hanem inkább a jogászai konzervativizmus coke-i formája, valamint a kontinentális felvilágosodás politikai filozófiai tanai, s mindezekkel együtt pedig a „felsőbb jog” eszméje utazott.

Az amerikaiak azonban megtapasztalták, hogy a törvényhozásukat a „felsőbb jog” nemcsak erkölcsi értelemben köti, úgy ahogyan az európai doktrínák tanítják, hanem a gyarmati charták és a *Privy Council* döntései révén egy jogilag nagyon is kikényszeríthető jog korlátozza szabadságukat.¹¹⁴ Így a függetlenség elnyerésekor mindössze követték az egykori gyarmatosítók által kidolgozott technikát. Innentől kezdve ugyanis a törvényhozó felett nem az angol uralkodó által kibocsátott karta, hanem maga az alkotmány áll.¹¹⁵ Így nem is tekinthető véletlennek, hogy az alkotmányozók szándékát reprezentáló *Federalist Papers*-ben az angol hagyomány és a kontinentális felvilágosodás együttesen jelenik meg, például az alkotmány primátusának tételét kimondó, a bírói szerepet meghatározó és e hatalmi ág határait felvázoló 78. számú levélben. Ez a levél arra is bizonyíték, hogy maguk az alkotmányozók előtt sem volt egészen világos, vajon az alkotmány inkább a népszuverenitás aktív-pozitív megnyilvánulása, avagy az instrumentumnak inkább a szuverént korlátozó, azaz passzív-negatív funkciót kell betöltenie.¹¹⁶

Az alkotmány olyan alaptörvény (*fundamental laws*) – írja itt Hamilton¹¹⁷ –, amelynek a funkciója a korlátozás. Ez pedig azt jelenti, hogy a törvényhozó hatalom nem léphet túl az alkotmányos előírásokon. Az alkotmány fensőbbségének

114. Vö. Robert G. McCloskey: Az amerikai legfelsőbb bíróság, ford. Paczolay Péter, in Paczolay Péter (szerk.): *Alkotmánybíráskodás – alkotmányértelmezés*. 35–41, 39.

115. Capelletti – Cohen: Az alkotmánybíráskodás története és jelenkori elterjedése. 48 sk.

116. Vö. McCloskey: Az amerikai legfelsőbb bíróság. 40.

117. Alexander Hamilton – James Madison – John Jay: *A föderalista. Értekezések az amerikai alkotmányról*, ford. Balabán Péter, Budapest: Európa 1998. 556.

igazolása a népszuverenitás tanából következik. Az írott alkotmány fejezi ki a szuverén akaratát, és ez az akarat felette áll a törvényhozóénak. Ebből adódik, hogy „nem lehet érvényes az olyan törvény, amely ellentétes az alkotmánnyal”,¹¹⁸ hiszen miként a nép szándéka részesítendő előnyben a nép küldötteinek szándékával szemben, úgy az alkotmány is megelőzi a törvényt. Ez az alkotmányfelfogás nem Blackstone-t vagy Coke-ot idézi, hanem a népszuverenitás-tant, és annyi-
ban pozitivista (pontosabban: voluntarista) is, hogy a törvény feletti mércének nem a természetjogot, hanem a népakaratot kifejező alkotmányt tekinti. Ez talán annak ellenére igaz, hogy viszont maga a szöveg tele van természetjogra utaló kifejezésekkel. A törvényhozó korlátozása a bíróságok közreműködése nélkül kivitelezhetetlen, ezek tehát „(...) kötelesek semmisnek nyilvánítani az alkotmány jellegével ellentétes rendelkezéseket”.¹¹⁹

Egyfelől ugyan a bíróság a „legkevésbé veszélyes”¹²⁰ hatalmi ág, amelynek „...sem ereje, sem akarata, csupán véleménye (*judgement*) van”.¹²¹ Ám, ha a törvény alkotmányellenességből fakadó semmiséget kimondhatja, akkor ez a „legkevésbé veszélyes” hatalmi ág valójában a törvényhozó felett áll,¹²² még akkor is, ha más összefüggésben elmondható róla, hogy „...nincs befolyása sem a kardra, sem a kasszára, nem befolyásolhatja sem a társadalom erejét, sem a gazdagságát; és nem hozhat operatív döntéseket (*active resolution*)”.¹²³

118. *Uo.* 555.

119. *Uo.*

120. *Uo.*

121. *Uo.* 553.

122. Ez a hatalmi ág nem általában a legkevésbé veszélyes, hanem az alkotmányos jogokra nézve a legkevésbé veszélyes (*the least dangerous to the political rights of the Constitution*).

123. Hamilton in Hamilton – Madison – Jay: *A föderalista*. 553.

A bíróság későbbi szerepfelfogása legfeljebb a külügyek területén tükrözte Hamilton elgondolását.¹²⁴ Egyébként Hamilton a bírói szerepfelfogásról szólva összekever három forrást, ami egy „vegyes” alkotmány nem feltétlenül hiba. Egyfelől egyetértőleg idézi Montesquieu-nek azon tézisé, miszerint a „bírói hatalom bizonyos értelemben nem is hatalom”. Nem hatalom, mivel nem intézhet támadást a másik két hatalmi ág ellen, és a nép szabadságát sem veszélyeztetheti. A hatalmi ágak elválasztásának e negatív megfogalmazása szerint ez csak akkor lehetséges, ha a bírói hatalom nem olvad össze valamely másik hatalmi ággal. Amennyiben a bíróság független, képes arra, hogy feloldja a jogrendszerben található ellentmondásokat. A bíróságokat a dogmatikai szabályok – például a *lex posteriori* vagy a *lex superiori* – alkalmazására nem a pozitív jog sarkallja, hanem az igazságossággal és méltányossággal összhangban álló önkéntes vállalásokról van szó. Így az a szabály is, amely szerint az alsóbb fokú szabály nem mondhat ellent a felette állónak – vagyis az alkotmánynak –, a dolog természetéből és értelméből fakad. A bírói függetlenség mint a korlátozó alkotmány bástyája abban az esetben őrizhető meg, ha a bírók a törvényhozó akaratát nem helyettesítik a saját akaratukkal. Ám mindez természetesen nem zárja ki, hogy bizonyos esetekben a nép ne változtathatná meg az alkotmányt. Az a gondolat, hogy a független bíróság csak megállapítja a már fennálló ellentmondást (alkotmányellenességet), és a törvényértelmezés során a törvényhozó akaratát tartja szem előtt, inkább a jogi pozitivizmusra emlékeztet, mégha Coke az állítás első fele mellett érvel – természetjogi alapon.

Amikor a bírói hatalom függetlenségét garantáló élethosszig tartó kinevezés kérdéséhez ér, Hamilton az angol *common law* coke-i doktrínáját eleveníti fel. Bár az eredeti kon-

124. Vö. Klaus von Beyme: Alkotmánybíráskodás, ford. Bánfalvi András, in Paczolay (szerk.) *Alkotmánybíráskodás – alkotmányértelmezés*. 111–127, 117.

textusban az érvelésnek más célja volt (ti. az, hogy kimondja a király alkalmatlanságát az ítélkezésre), a hamiltoni érvelés az új kontextusban többé-kevésbé ugyanaz:

„Önkényes bírósági döntések elkerülésekor okvetlenül szükséges, hogy szigorú szabályok és precedensek kössék meg a bírák kezét, s hogy ezek határozzák meg minden eléjük kerülő esetben a kötelességteljesítés mikéntjét; nos, az emberi butaságból és gonoszáságból adódó viták és ellentétek mérhetetlen változatából logikusan következik, hogy a precedensek hatalmas kötetekre rúgnak, szakértő ismeretükhöz tehát hosszantartó fáradságos stúdiumok szükségesek. És számításba véve az emberi természet köznapi gyarlóságát, még kevésbé vannak az olyanok, akik a kellő tisztességet a megfelelő tudással egyesítik.”¹²⁵

Van viszont egy lényeges elem, amellyel ez az érvelés eltér a Bonham-ügy második nevezetes tételében megfogalmazott artificiális jogászai ész melletti elköteleződéstől. Az eltérés pedig abban áll, hogy az idézet a precedensek kialakulását nem pozitívumnak, hanem egy olyan rossznak tekinti, amivel csak a szakértelemmel rendelkező – „hosszantartó fáradságos stúdiumokat” maga mögött tudó – nem gyarló bíró képes megbirkózni.¹²⁶

Bár nem ez a közvetlen célja, Hamilton végülis megerősíti a common law törvényfelettségének elvét, és elfogadja a precedensek korlátozó szerepét. Ugyan el tudta képzelni, hogy a bírák a többi hatalmi ág általános felügyelőként járnak majd el, de sem az ő, s még kevésbé a többi alkotmányozó és ratifikáló szándéka nem terjedt ki arra, hogy a bíróságnak a többi

125. Hamilton – Madison – Jay: *A föderalista*. 560 sk.

126. Szociológiai értelemben igaz az is, hogy az Egyesült Államokban a történeti szituáció miatt a bírák rekrutációja akadályokba ütközött.

hatalmi ág feletti szerepet szánjanak. Legfeljebb nem zárták ki ezt a lehetőséget¹²⁷ – íghát Marshall főbírónak maradt terület a szabad manőverezésre.

6.3. Az alkotmány a 3. cikkelyének 1. bekezdése anélkül szól a bírói hatalomról, hogy kifejezetten a bírakat tenné meg az alkotmány őreivé. A szöveg nem feltétlenül mondja ki, és – mint az előbb állítottuk – az alkotmányozók sem feltétlenül akarták ezt. Marshall bíró sem originalistának, sem szövegközpontúnak nem nevezhető, „elveken nyugvó” (*principled*)¹²⁸ ítélete viszont, mint ez közismert, kiterjesztette a bírói hatalmat az alkotmánykontroll gyakorlására.

Híres ítéletének elején Marshall rögvest leszögezi, hogy – tekintettel az ügy újdonságára – a bíróság által adott véleménynek az elvek átfogó bemutatásán kell alapulnia (*a complete exposition of the principles on which the opinion to be given by the court is founded*).¹²⁹ Ezután az elveket a lehető legklasszikusabb deduktív érvelésbe rendezi el. A kiinduló kérdés: 1. Van-e joga arra a jelöltnek, amit a bizottságtól kér? Amennyiben 1. igazolt, úgy 2. kínál-e számára az ország joga jogorvoslatot? Ha 2-re is „igen” a válasz, akkor már csak azt kell eldönteni, hogy vajon 3. a Legfelsőbb Bíróságnak kell-e kibocsátani megerősítő levelet (*mandamus*). Formalizálva:¹³⁰

1. A
2. $(A \supset B) \supset C$
3. $C \supset D$

127. Vö. McCloskey: Az amerikai legfelsőbb bíróság. 38.

128. 5 U.S. 137, 159.: „*after searching anxiously for the principles.*”

129. *Uo.* 154.

130. A = van jog a kinevezés követelésére; B = a jogot megsértették; C = az ország joga biztosít jogorvoslatot; D = a bíróságnak van hatásköre a *mandamus* kiadására.

Marshall az A, B, C állításokat igaznak fogadta el, ám a D-t nem, így a 3. kérdés második felét elutasította. Ebben a formában a szillogizmus persze tautologikus, mert csak annyit mond ki, hogy akinek megsértik a jogát, annak van lehetősége a jogorvoslatra (A C): mikor máskor lenne szükség jogorvoslatra, ha nem éppen akkor, amikor valaki jogát sérelem éri?

Egy originalistának a bírói alkotmánykontrollt igazoló *Marbury v. Madison* döntés nem feltétlenül tetszetős. Inkább paradox: Marshall ítélete ugyanis olyan originalista ítélet, ami az alkotmányozó szándékára utal, noha az igazolandó állítás (a szubsztantív, a *posteriori*, bíróság által gyakorolt alkotmánykontroll) maga nincsen benne az alkotmányban. Szinte minden originalista, aki számot vet az amerikai tradíció születését jelentő döntéssel, azt hangsúlyozza, hogy a döntésben kifejtett érvelés központi eleme szerint az Egyesült Államoknak írott alkotmánya van. Arról viszont hallgatnak, hogy az alkotmányozók aligha akarhatták azt, amit – egyébként a Bonham-tételtől feltehetően nem függetlenül – Marshall viszont kimondott.

6.4. Az originalizmus vélt történeti eredetét keresve lépünk még egy lépést hátra időben, és térünk vissza Európába! Az angol jog a törvényértelmezés területén igencsak szigorú volt. Fő szabályként az értelmező feladata, hogy feltárja a törvényhozó szándékát, amit a jogszabály szövege pedig hűen tükröz.

Az originalizmusra először nem is volt szükség. A jogfejlődés korai korszakában a bírák kötelezőnek tekintették magukra nézve ugyanazokat az elveket, amelyeken a törvényhozás alapult. Mert igaz ugyan, hogy a parlamenti szuverenitás dogmája erős volt, de a bírák ugyanannak az értelmezői közösségnek és hagyománynak voltak a tagjai. Akkor alakult ki a szándék belső bizonyítékaira fókuszáló kutatás igénye, amikor a hagyo-

mány már nem kielégítő,¹³¹ és az értelmező közösség plurális lett. Az angol *common law* a törvényértelmezés terén (*statutory interpretation*) kezdetektől fogva szigorú szöveggközpontú (vagy „értelmezéspárti”) volt, olyannyira, hogy az originalista megközelítést, amely a törvényen kívüli bizonyítékokra is kiterjedt volna, a jogcsalád többi tagjához képest a brit gondolkodás a legkésőbb, a 20. század utolsó évtizedében fogadta csak be.

Több okot is feltárhatunk, amelyek miatt a viták nem foroghattak a szövegen túli terjeszkedésről. Az alkotmányjog területén inkább az merült fel kérdésként, hogy vajon a precedensek halmazaként felfogható *common law* avagy a törvény élvez elsőbbséget. A kérdés azért volt ilyenformán felvethető, mert nem volt írott alkotmány. A legfontosabb viták ezért először nem is akörül alakultak ki, hogy mit mond, hanem akörül, hogy egyáltalán *mi* is az alkotmány. Ha igaz az az állítás, hogy az alkotmány *per definitionem* a rendes törvények és precedensek felett álló norma, akkor igaz az is, hogy az alkotmányba mint a bíró által értelmezett, vagyis precedensek révén kibontott normába a *King-in-Parliament* akarataként meghatározható törvény nem ütközhet. A 16. századra vált ez a kérdés akutá, és e tekintetben a Bonham-ügy kiemelkedő jelentőségű.

Fuller a következőképpen foglalja össze az eset tényállását:

„VIII. Henrik széles körű jogokat biztosított a Királyi Orvosi Kollégium számára (s ezt egy adománylevélben később a parlament is megerősítette), hogy engedélyezze és szabályozza az orvosi gyakorlatot Londonban. A Kollégiumnak megadták a jogot, hogy tárgyalja a szabályzata elleni vétségeket, pénzbüntetést szabjon ki, és szabadságvesztésre ítéljen embereket. A pénzbüntetés felét a király, másik felét maga a Kollégium kapta. Thomas Bonham, a cambridge-i egyetem orvosdoktora a Királyi Kollégium engedé-

131. Theodor Plucknett: *Statutes and Their Interpretation in the First Half of the Fourteenth Century*, Cambridge: Cambridge University Press 1922. 49. skk.

lye nélkül orvosi tevékenység gyakorlásába kezdett Londonban. A Kollégium eljárást indított ellene, pénzbírságot szabott ki, később pedig börtönbüntetésre ítélte. Bonham ekkor a Kollégium ellen jogtalan bebörtönzés miatt pert indított.”¹³²

A híres döntésből rendszerint két állítást emelek ki. Az egyik az alkotmány primátusát igazolja, a másik pedig a jogászai értelem sajátosságaira mutat rá. Előbbi a konstitucionalizmus jogászai kifejeződésének központi tétele és Marshall döntésében válik majd az egyik kulcsfontosságú momentummá, az utóbbi pedig az értelmezésellenesség klasszikussá váló – és sok vitát kiváltó – kifejeződése, de egyúttal a konzervativizmus ideológiájának ugyancsak jogászai reprezentációjaként is felfogható. Idézzük fel csak Coke Bonham keresetének helyt adó ítéletének e nevezetes sorait:

„... A (Királyi Kollégium) cenzorai nem lehetnek bírók, végrehajtók és peres felek; azaz bírók, akik ítéletet hoznak, végrehajtók, akik idézéseket bocsátanak ki, és felek, akik megkapják a bírság felét; *quia aliquis non debet esse Iudex in propria causa, imo iniquum est aliquem suae rei esse iudicem*; és egyvalaki nem lehet valamelyik fél bírója és ügyésze. (...) S jogkönyveinkből az tűnik ki, hogy a *common law* sokszor ellenőrzi a parlament törvényeit, és olykor teljesen érvénytelennek nyilvánítja azokat; hiszen amikor egy parlamenti törvény ellentétes ezzel és az értelemmel, ellentmondó vagy lehetetlen teljesíteni, akkor a *common law* ellenőrzi azt, az ilyen törvényt érvénytelennek nyilvánítva.”¹³³

„... (A)ztán a király azt mondta, hogy szerinte a jog az értelmén alapszik, és hogy neki és másoknak is éppúgy megvan a józan eszük, mint a bírának, amire azt válaszoltam, hogy való igaz, az Úr Őfelségét kiváló tudománnyal és nagyszerű természeti adottságokkal ruházta fel, de Őfelsége nem tanulta ki angol birodal-

132. Lon L. Fuller: *A jog belső erkölce*. ford. Szabó Miklós [kézirat].

133. *Bonham's case*, Reports 118a (1610)

mának törvényeit, és hogy azok az ügyek, melyek alattvalóinak életét, örökségét, javait vagy vagyonát érintik, nem dőlhetnek el a természetes értelem döntése alapján, csupán a *jog mesterséges értelmének* megítélése szerint. E jog alkalmazása viszont hosszú tanulmányozást és tapasztalatgyűjtést igényel, mielőtt az ember úgy érezhetné, hogy tudományát elsajátította.”¹³⁴

Az első idézetben több fontos állítás is összegubancolódik, és azok különféle jogelméleti érvek számára szolgálnak alapként.

A *common law* itt nyilvánvalóan nem a szokásjogot jelenti.¹³⁵ Ez utóbbit ugyanis Coke mindig élesen elválasztotta ettől a jogforrástól, és annak alárendelt jelentőséget tulajdonított. Ez a kifejezés nem is a bírói ítéletekre utal általában, hanem csak bizonyos precedensekre. Olyan precedensekre, amelyek fontosabbak a többiekénél, mivel alapvető jogelveket mondanak ki, avagy – egy másik értelmezés szerint – azért fontosabbak, mivel a természetjog lenyomatai azok az elvek, amelyeket megtestesítenek. És a gyakorlatban volt olyan döntés, amely – félreértelmezve a bractoni tanítást – azt állította, hogy „a senki sem lehet bíró saját ügyében” tézis a természetes méltányosságból (*natural equity*) vezethető le, az ezzel ellentétes parlamenti aktus érvénytelen, hiszen a természetjog megváltoztathatatlan, és ez a „törvény törvénye”.¹³⁶

A második idézet úgy is értelmezhető, hogy az azokat az esetköröket sorolja fel, amikor a törvényt érvénytelennek kell tekinteni. Nevezetesen: a közönséges joggal és értelemmel

134. Reports 12:64.

135. Coke három jogforrás közt tesz különbséget. Ezek: a *common law*, a törvények és a szokások. Vö. Reports 4:vi. Institutes 1:10b, 115b, 344a. Lásd továbbá James W. Tubbs: *The Common Law Mind: Medieval and Early Conceptions*, Baltimore, MD.: Johns Hopkins University Press 2000. 151 skk.

136. Theodore F. T. Plucknett: Bonham's Case and Judicial Review, (1926) in Allan D. Boyer (szerk. és bev.) *Law, Liberty and Parliament. Selected Essays on the Writings of Sir Edward Coke*, Indianapolis: Liberty Found 2004. 167. 53 jp.

(*common right and reason*) ellentétes, önellentmondásos (*repugnant*¹³⁷), vagy lehetetlen teljesíteni (*impossible to perform*). Az állítás tehát úgy szól, hogy amennyiben ezen esetek egyike fennáll, úgy a *common law* alapján kimondható a törvény érvénytelensége (vagy semmissége [*void*]). De az sem kizárt, hogy a *common law* „ellenőrző” (*controll*) szerepe *common law*-ba ütközést jelent. A két értelmezés közötti lényeges különbség az, hogy míg első esetben egy horizontális antinómia jogi bizonyítékait sorolja fel az ítélet, az utóbbi esetben már egy vertikális hierarchia felállításáról van szó.

Maga Coke a *common law* szupremáciáját nem minden esetben fogadta el. Mint Tubbs rámutat, az *Institutes*ban éppen az ellenkezőjét vallja. A parlament billben megjelenő törvényalkotó hatalom annyira transzcendens és abszolút, írja itt Coke, hogy az semmiféle okok vagy személyek révén nem korlátozható.¹³⁸ Tubbs azt is felfedezte, hogy az amerikai értelmezők, valamint Plucknett a második tézist a *common law* alapvető jellegű normaként való meghatározásának vélik. Az angol tradícióhoz szorosabban kötődő elemzők viszont az idézetet inkább úgy értelmezik, hogy az a bíró természetes mérlegelési jogkörét fejezi ki. A többféle értelmezés lehetősége többek között onnan adódik, hogy Coke gondolkodását és bírói gyakorlatát, mégha vannak alapvető jelentőségű gondolatai, igen nehéz rendszerezni.¹³⁹

A második idézet annyiban kötődik az előbbihez, hogy kimondja egyfelől a jogászi artificiális ész az, ami megállapíthatja a törvény *common law*-ellenességét, másfelől pedig azt

137. Plucknett helyesen észrevételezi, a *repugnant* kifejezés jelentése nem egészen világos. Bár én fent „önellentmondásos”-nak fordítottam, jelentése lehet „visszatetsző” vagy „ízléstelen” is. Mindazonáltal van néhány ítélete Coke-nak, ahol a kifejezést a főbíró az „önellentmondó” értelemben használta. Vö. Plucknett: *Bonham's Case and Judicial Review*. 154. 17 jp.

138. *Institutes* 4:36., Tubbs: *The Common Law Mind*. 154.

139. Tubbs: *The Common Law Mind*. 151.

állítja, hogy erre a természetes értelem alkalmatlan. Coke és később Hale számára a jogász ész artificiális jellege a természetes értelemmel szembeállítva domborodott ki. A király természetes értelme nem csiszolódott a jogászai gyakorlat művészetében, így alkotmányértelmezése nem is lehet megfelelő. Bacon és Hobbes elutasították ezt az érvelést. Különös ugyanakkor, hogy nyitva marad az a kérdés, hogy a természetes-mesterséges értelem miként viszonyul a közönséges értelemhez (*common reason*). Ha a közönséges értelem a precedensek halmozaként felfogott alkotmányba ütközik, akkor való igaz, hogy ennek felismerésére a mesterséges jogászai értelem hivatott. Ha viszont a közönséges értelem olyan fakultás, ami minden észszerű ember sajátja, úgy miért lenne kizárva, hogy a közönséges értelembe – vagyis a természetjogba – ütköző törvényt a természetes értelem is felismerje?

A Bonham-történetnek sokféle értelmezése lehetséges. Felfogható például úgy, mint az orvosi jog egyik vezető esete, és elmesélhető úgy is, mintha az egy bírónak a gazdasági monopóliumok elleni küzdelméről szóló történet lenne. Sőt, a jogfilozófiai vitákban is hivatkozási pont lett, például Fuller a jog belső erkölcséről szó elméletében.¹⁴⁰ Annyi biztos, hogy Bonham ügyvédje nyilvánvaló törvényi előírással szemben érvelt, s hogy a korábbi törvényértelmezések is mind kérvénye ellen szóltak. Vagyis Coke-nak egy alapvetőbb évelésre volt szüksége, így a döntés alkotmányos jellegűvé vált, akár szerette volna ezt a bíró, akár nem.¹⁴¹ Ezért releváns a döntés az alkotmányjog szempontjából.

Igaz ugyan, hogy az alkotmánykontrollt a tengeren túl találták fel, de az igazoló érveket a kontinensen kell keresnünk. Jogfilozófia-történet szemszögéből nézve elmondható, hogy Bonham-döntés a történeti és az analitikus iskolák szétválását jelenti, ahol különös módon a történeti iskola a mesterséges

140. Fuller: A jog belső erkölce.

141. Harold J. Cook: *Against Common Right and Reason*, [1985] in Boyer (szerk. és bev.): *Law, Liberty and Parliament*. 144., 148.

értelem, az analitikus iskola a természetes értelem örököse. Sőt, nem tagadható, hogy van egy politikai filozófiai aspektusa is a vitának: a konzervatív természetjogász Coke és Hale csapott össze a liberális pozitivista-filozófus Baconnel és Hobbes-szal. Előbbieket Burke tekinti példaképének, utóbbiakat majd Austin pontosítja.

6.5. Coke tekintélye a tengerentúlon is igen nagy volt, és ráhivatkozva már Marshall döntése előtt megfogalmazódtak vélemények és ítéletek, amelyek egy adott törvényhozási aktus érvénytelenségét voltak hivatva igazolni. Ez történt a *Bélyeg-törvény* (*Stamp Act*) elleni felzúdulásban, ahol Coke-ra úgy hivatkoztak, mint aki kimondta, hogy a *Magna Charta*-ellenes vagy az angolok sajátos jogaival szembenálló parlamenti aktus *ipso facto* érvénytelen. A jogászi retorika a Bonham-ügy első fordulátát hangoztatta, és először a *common law* kifejezés helyébe – érthető okokból – jog és igazságosság, dolgok természete, természeti vagy isteni törvények, alapvető jogok fogalmát helyezte.¹⁴² Az írott alkotmány megjelenésével azt a kérdést már zárójelbe is lehetett tenni, hogy mit takar a *common law* fogalma az alkotmányjogban. Így hát a coke-i hagyománynak az a vonala, amely az artificiális jogászi ész történetiségét hangsúlyozta, a tengerentúlon értelemszerűen elhalt, hiszen annak hátterében más, fontos okok mellett az alkotmány íratlansága állt.

Noha az amerikai Legfelsőbb Bíróság már 1794-ben kimondta egy parlamenti aktusról, hogy alkotmányellenes, ekkor a részletes indokolás még elmaradt, így a döntés nem válhatott precedenssé. Maga Marshall életében egyébként egyetlen más törvénynek az alkotmányellenességét sem mondta ki. Erre csak jóval később, 1857-ben, a szintén nevezetes, de rossz csengésű Dred Scott-ügyben került sor. 2002-ig mindössze 158 szövetségi előírást helyeztek hatályon kívül, amelyek

142. Plucknett: *Bonham's Case and Judicial Review*. 178. skk.

közül csak 2000–2002 között 11-et, vagyis a Marbury-döntés konklúzióját valójában a 20. században vonták le.

A múlt század első felében uralkodó irányzatok az alkotmányozók szándékának feltárását hangsúlyozták, ám hogy miként is határozható meg a releváns szándék, sohasem tisztázódott. A törvényértelmezési doktrína tökéletesen tükrözte azt a technikát, amit az angol, egészen a 20. század végéig. Sanborn bíró például a következő szabályt fektette le:

„A törvény- vagy a szerződésértelmezés elsődleges szabálya az, hogy amennyiben lehetséges, megtalálja és kikényszerítse a törvényhozó testület vagy a szerződő felek által kifejezett szándékot. Egyedül az a szándék, és csak az a szándék, amely a törvényben vagy a szerződésben kifejeződik, az, aminek a bíróságok joghatást tulajdoníthatnak. Jogszerűen nem állíthatunk fel vagy feltételezhetünk olyan titkos célokat, amelyeket a maga a törvény nem jelez vagy nem fejez ki, és azután nem alkothatnak olyan előírásokat, amelyek ezeket a feltételezett célokat megvalósítják. A törvényhozó testület szándékának kiderítése végett a többértelmű szavakat és homályos kifejezéseket úgy lehet értelmezni, ahogyan a törvény azt világosan bizonyítja, titkos szándék nem értelmezhető egy olyan törvénybe, amely teljes és nyilvánvaló, és amely azt nem fejezi ki. A jogi vélelem az, hogy a törvényhozó testület kifejezte a szándékát, s hogy azt akarta, amit kifejezett, és hogy nem akart semmi mást.”¹⁴³

A fő szabály szerint még homályos esetekben is csak azok a szándékok tárhatóak fel, amelyeket a törvény világosan bizonyít. A törvényhozó céljának feltárása tehát elsődlegesen a törvény belső bizonyítékain alapszik, és ha a szöveg világos, külső

143. *Johnson v. Southern Pac. Co.*, 117 F. 462, 466 (8th Cir. 1902).
Idézi Kent Greenawalt: *Are Mental States Relevant for Statutory and Constitutional Interpretation?* *Cornell Law Review* (1999–2000), 1609–1672, 1616.

bizonyíték ezt a kifejezett szándékot nem ronthatja le.¹⁴⁴ Az angol doktrína, mint már említettük, ezt a tételt hangoztatta végig – az utolsó nyolc év kivételével – az egész 20. században.

De hogyan illeszthető be egy ilyen legalista tradícióba az a döntés, ami az alkotmány szövegén nyilvánvalóan túlmerészkedve létrehozta az alkotmánybíráskodást? Marshall deduktív levezetésében az alkotmány írott jellege az egyik sarkalatos pont: az amerikai jogrend őrének a bírát kell állítani, hiszen *van* írott alkotmánya az Egyesült Államoknak. A Bonham-ügy viszont éppen azt mutatja, hogy ugyanez a konklúzió nem az írott, hanem éppen az alkotmány íratlanságából következik. Amikor az originalisták történetileg kívánják igazolni, hogy eredetileg is az ő alkotmányértelmezésük a helyes, nem is tesznek mást, minthogy Marshallnak az írott alkotmányra vonatkozó kitételét ismétlik meg. Holott a valódi probléma mindkét esetben azt jelenti, hogy mi is az alkotmány; egyáltalán jogi dokumentumnak tekinthető-e, nem pedig egy ünnepélyes politikai deklarációnak, s amennyiben pedig jog, úgy milyen kritériumok igénybevételével lehet annak az elsőbbségét igazolni a többi jogi normával szemben. Ha az alkotmányozók nem akarták, hogy az alkotmány jogi dokumentum legyen, úgy a történelem rögtön az originalizmusellenes táborot igazolja. Ha viszont törekvésük egy jogi dokumentum megalkotására irányult, úgy a primátus kérdése még mindig igazolásra vár. Ezt az originalisták a *Federalist Papers* 78. cikkére hivatkozva szokták igazolni. De vajon ezt miért nem tette meg Marshall?

Az originalisták az íratlan alkotmány és a természetes értelmem (értsd: gyakorlati-politikai filozófia) ellen küzdenek a leginkább. A 20. század utolsó harmadában a Rhenquist-bíróság működése ugyanis egy döntő fordulatot hozott az alkotmánykontrollt övező problémacsozor megítélésében. A korábbi bíróságoknál a bírói szerepmeghatározás játszott központi szerepet, és az intézményi megfontolások megvitatása állt tehát

144. Uo. 1617.

a viták középpontjában. A bírói attitűdökre egykor jól alkalmazható volt az aktivista-önkorlátozó szembeállítás. Az intézményi megfontolásokra – például a többségellenesség (*counter-majority*) problémájára¹⁴⁵ – való utalás még ma sem tűnt el teljesen a diskurzusból, tehát a fordulat nem eredményezett diszkontinuitást; a bírák tehát még ma is használják a bevett, intézményre utaló terminológiát, így olykor bevetik a hatalommegosztás-érvét vagy a bírói aktivizmus kifejezéseket használják.

Ezzel együtt a Rhenquist-bíróságtól kezdve kialakult valamifélekonszenzus arra vonatkozóan, hogy a bíróság kötelessége az alkotmány jelentésének meghatározása. Így válhatott az alkotmányértelmezés a legfontosabb problémává, és innentől kezdve lesz az alkotmányos kérdés értelmezési vita. Az írott alkotmány kifejezés valójában ezt jelenti. A fő nézeteltérések forrása most már nem az alkotmánykontroll melletti és elleni történeti és/vagy normatív érvek eltérő jellege, hanem az alkotmány jelentésének meghatározása és annak új esetekre való alkalmazása.¹⁴⁶

A mai alkotmányértelmezés-tanok – Gary L. McDowell szerint¹⁴⁷ – a következő két szélső pont között oszcillálnak: az egyik végletet az értelmezéspártiak (*interpretivism*) jelentik, a másikat pedig az értelmezésellenesek (*non-interpretivism*) alkotják. Módszertani értelemben a központi kérdés tehát a következő: vajon az alkotmány szövegéhez és a szöveg mögötti szándékhoz kell-e kötődnie a Legfelsőbb Bíróságnak, avagy a jelentésfelruházás során túlléphet a dokumentumon? Hang-

145. A többségellenességről lásd. Christopheher Wolfe: Alkotmánybíráskodás és demokrácia, ford. Bánfalvi Attila, in Paczolay Péter (szerk.): *Alkotmánybíráskodás – alkotmányértelmezés*. 131–152, 131 sk.

146. Vö. G. Edward White: *The American Judicial Tradition. Profiles of Leading American Judges*, 3. kiad. Oxford: Oxford University Press 2007. 410.

147. Vö. Gary L. McDowell: *Interpretivism and Noninterpretivism*, in Kermit L. Hall (szerk.): *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Oxford: Oxford University Press 1992, 436. sk.

súlyozandó, hogy nem az aktivisták és aktivizmusellenesek vagy a szigorú és a kiterjesztő értelmezési módok szembeállításáról van szó. Az értelmezésellenesekkel folytatott vita arról szól inkább, vajon az alkotmányt mint olyan dokumentumot kell olvasni, mint amelynek a szövege és a jelentése kötelező-e vagy sem.

Az olyan szélsőséges értelmezésellenesek – akik közé McDowell, kétségkívül provokatív módon, például Ronald Dworkint vagy Michael Perryt sorolja¹⁴⁸ – szerint nemcsak megfelelő, hanem kifejezetten szükséges, hogy a bírák az alkotmányt a kortárs igazságosságfogásokkal itassák át. Az iskola törekvése arra irányul, hogy az alkotmányt – eloldva azt a szigorú értelemben vett szövegtől és a szöveg mögötti eredeti szándéktól – egy erkölcsileg fejlődő (*morally evolutionary*) dokumentummá tegyék. Az értelemezéspártiak szerint viszont ez a megközelítés az alkotmányt bírói véleménnyé csupaszítja le. Az egyetlen legitim megközelítés, állítják, az alkotmány-szöveget követi mindaddig, amíg azt formálisan meg nem változtatják. E táboron belül az egyik változat szerint inkább a szöveg, mint a szándék, a másik változat szerint a szöveg mellett az eredeti szándék is kell, hogy a bírót vezesse az értelmezés során.

McDowell maga is megjegyzi, hogy az értelemezéspárti/ellenes szembeállítás két szélső pontot jelent. Megemlíti például, hogy az originalista tábor egyik kulcsfigurája, Robert Bork sem zárja ki a modern médiumoknak az 1. kiegészítés vagy az elektronikus lehallgató készülékeknek a 4. alkotmánykiegészítés alá sorolását, holott nyilvánvaló, hogy a kiegészítés szerzői erre még nem gondolhattak.¹⁴⁹ Ugyanezeket a példákat idézi

148. Dworkin és Perry valójában nem tekinthető „értelmezésellenesnek”. Mindketten számot vetnek az originalizmus érnyeivel, és nem elvetik ezeket, hanem azt vallják, hogy van ennél jobb értelmezéstan. Egyébként az originalisták sem gondolják azt, hogy az övék a legjobb értelmezéstan, hanem mindössze azt állítják, hogy ez a legkevésbé rossz.

149. McDowell: *Interpretivism and Noninterpretivism*. 437.

Bork, amikor a számot vet az „élő alkotmány” (*living constution*) felfogással. Ő a maga részéről elutasítja „élő-halott” szembeállítását. Szerinte az „élő alkotmánnyal” való szembehelyezkedés nem jelenti a „halott alkotmány” (*dead constitution*) alternatívájának elfogadását. Az inkább a szöveg, mintsem a szándék felé hajló Scalia viszont – egy Yale-en tartott beszédében – odáig is elmege, hogy kiálljon a „halott alkotmány” mellett:

„Az alkotmány egy halott dokumentum. Egy tartós dokumentum, ami nem változik meg, vagy legalábbis nem a Legfelsőbb Bíróság kénye-kedve változtatja meg, hanem inkább úgy változik, ahogyan a szövegében elő van írva, ahogyan a kiegészítéseket elfogadják.”¹⁵⁰

Ez az idézet természetesen nem szól arról, hogy az alkotmány melyik szakasza tájékoztat a szövegértelmezéséről.¹⁵¹ A Scalia felfogása másfelől eltér Bork változtatától annyiban, hogy nem az eredeti szándékra, hanem az eredeti jelentésre (*original intent*) utal:

„(A) feladatunk nem az, hogy behatoljunk a Kongresszus tagjainak elméjébe, akiknek a fejében semmire sincsen szükség ahhoz, hogy szavazataik törvényesek és hatékonyak legyenek.”

A l'anglaise, alors? Scalia csak azt veszi figyelembe, hogy az alkotmányozók milyen jelentéssel ruházták fel az alkotmányt, vagyis az értelmezés irányító elve a szöveg egyértelmű jelen-

150. Thomas Kaplan: Scalia Urges Literalism, [www.yaledailynews.com/articles/view/18885]. Vagy egy másik beszédében (Katie Gazella: Scalia Says to Focus on Original Meaning of Constitution, [http://www.ur.umich.edu/0405/Nov22_04/13.shtml]): „Ó, mennyire gyűlölöm az »élő dokumentum« kifejezésünket. Van egy alkotmányunk mostanság, ami azt jelenti, amit mi akarunk, hogy jelentsen. Az alkotmány nem egy élő szervezet, az Isten szerelmére!”

151. S ha még lenne is ilyen értelmezési szabály, azt is nyilvánvalóan értelmezni kellene, így azzal sem jutnánk sokkal előrébb.

tése (*the plain and ordinary meaning*). Ha és egyáltalán, az eredeti szándék ott játszhat szerepet, ahol az értelmezés kezdődik, és sohasem ott, ahol a szöveg véget ér. Ez azt jelenti, hogy Scalia annyira szó szerint olvassa a szöveget, amennyire csak lehet, elutasítva a dokumentum tág értelmezését, például a ki nem fejezett vagy tételesen fel nem sorolt jogosultság és felhatalmazás megtalálását.

Ám ha ez a „módszertan” nem elég, akkor a bírónak objektív jogi mércékhez kell fordulnia. Ezt már egy originalista is vallja. Objektív mérce a történelem és a hagyomány, avagy maga a józan ész (*common sense*). Sőt, a bíró akár az alkotmány elfogadásakor uralkodó igazságosságelfogásokkal is konzultálhat, rákérdezve arra, hogy mit jelentett az elfogadás pillanatában a társadalom számára a szöveg. A szembeállítását White a következőképpen összegzi:

„(A Rhenquist bíróság tagjai) az értelmezési kérdések kétalmazára összpontosítottak. Az egyik: milyen mértékig kell, hogy korlátozza a bírák egymást követő generációinak alkotmányértelmezését az alkotmányos előírásokban megtestesülő történelem, s e szövegek készítői, valamint kortársaik »megértése«. A másik: vajon az alkotmány »jelentése« – előírásainak új esetekre és vitákra való bírói alkalmazása – változott-e az idők során.”¹⁵²

A fent idézett mércék hiányában a döntést a Legfelsőbb Bíróság elutasítja és visszadobja a labdát a törvényhozónak, aki alkotmányt módosít vagy kifarol a kérdéses jogszabály mögül. Scalia számára ezt és semmi mást nem jelent az alkotmány hajlékonysága:

„Lehet, hogy hülyeség, de mégha hülyeség is, alkoss róla törvényt! Ne gondold azt, hogy az originalista értelmezés korlátoz téged! Épp ellenkezőleg. Az én alkotmányom nagyon hajlékony.

152. White: *The American Judicial Tradition*. 407.

Abortuszhoz való jogot akarsz? Alkosd meg úgy, ahogyan az összes jogosultságot megalkotják egy demokráciában, vagyis alkoss törvényt! Halálbüntetés? Alkoss törvényt! Ez a hajlékonyság.”¹⁵³

Az értelmezéspárti alapvetően azt állítja, hogy amennyiben vagy a szöveg, vagy a szándék hatáskörén kívül esik egy ügy, úgy nem tartozik a bíróság hatáskörébe az eset eldöntése. Ez az érv főként a tartalmi értelemben vett „megfelelő eljárás” által védeni kívánt értékek vagy az alkotmányban tételesen fel nem sorolt jogok elismerésével összefüggő esetekben hangzott el. Az értelmezésellenesek ezt a korlátot nem fogadják el, és más mércét keresnek, például a döntés következményeire tekintenek, vagy a politikai közösség moralitását tekintik mércének avagy ők is a természetjog felé kacsintanak.

6.6. Angliában az 1992-es *Peppers v. Hart* döntés nyitott utat a parlamenti jegyzőkönyvek használatának, vagyis megengedte, hogy a törvényhozó szándékának feltárása során a jogalkalmazó figyelmbe vegye a „külső” bizonyítékokat is.¹⁵⁴ A *common law* jogcsalád többi tagjánál ez sokkal hamarabb bekövetkezett.

A *Davis v. Johnson* (1979) esetben a Lordok Háza – Lord Denning álláspontjával ellenkezve – még ezzel ellenkező álláspontra helyezkedett, amikor kimondta, hogy a parlamenti anyagokra (jegyzőkönyvekre, a törvényjavaslat magyarázatára, a törvénytöveget megelőző előterjesztésekre) nem lehet hivatkozni. Erre Lord Scarman két indokot hozott fel: egyrészt megbízhatatlanok ezek a jegyzőkönyvek, másrészt pedig törvény tiltja ezt a módszert. Ennek ellenére a *Hansard*-ra való hivatkozás időnként megjelent az ítéletekben. A *Pickstone v. Freemans*-ban (1988) a Lordok Háza már elfogadta, hogy a Parlamentben jelenlévő delegált törvényhozó szavai iránymutatá-

153. Antonin Scalia: On Constitution, [www.usgovinfo.about.com/library/weekly/aa022701a.htm].

154. A „külső” bizonyítékokról lásd Ian Mcleod: *Legal Method*, Hampshire, New York: Palgrave Macmillan 5. kiad 2005. 288 skk.

sul szolgálhatnak a törvényhozói szándék meghatározásához. Igaz, helyzetet bonyolította, hogy itt figyelemmel kellett lenni az európai jog alkalmazására is.

A *Peppers v. Hart* döntésben Lord Browne-Wilkinson végül a következő általános érvényű tétellel állt elő:

„(a külső bizonyítékok vizsgálatát) kizáró szabály nem alkalmazható és a parlamenti anyagokba való betekintés megengedett, ha a) törvényhozás többértelmű vagy homályos vagy abszurditáshoz vezetne; ha b) az alapul szolgáló anyagok tartalmazza a miniszter vagy a törvény más előterjesztőjének egy vagy több állítását és amennyiben szükséges kiegészítve más parlamenti anyagokkal, hogy az állításokat és hatásukat megértsük s c) az alapul szolgáló állítások világosak.”

Azt is nyilvánvalóvá tették, hogy a *Bill of Rights* 9. cikkelyében deklarált vélemény- és vitaszabadságot az új szabály nem sérti, hiszen továbbra is arról van szó, hogy a jogalkalmazó a Parlament szavaira figyel csak. Lord Mackay álláspontja is túlzás, hogy az új szabály költségei elviselhetetlenek lennének. További érv volt, hogy a többi, egykori nemzetközösséghez tartozó országban ez a szabály már a gyakorlatban is bevált. (Bár kétségtelen, hogy ezen országok alkotmányos berendezkedése jelentősen eltér az Egyesült Királyságtól.¹⁵⁵) És ma már van a Hansardból készült CD-tár is, ami valóban megkönnyíti a joghoz jutást. Mindennek ellenére a *Pepper v. Hart* után a történeti jogértelmezésre továbbra is csak elszórt példákat találunk. A *Polytechnic v. Evans*ban (1993) az 1986-os *Wages Act* bizonyos előírásai néhány szavának értelmét világította meg a törvény vitájának miniszteri állításai révén. Sokkal több olyan esettel találkozunk, ahol a történeti jogértelmezés egy már

155. Az originalizmusok nemzeti változatait lásd Goldsworthy (szerk.): *Interpreting Constitutions*. 121–127, 142, 146, 150. skk, 159, 330 (Ausztrália); 79, 82. skk, 86, 89, 328 (Kanada); 245, 248, 252, 333 (India); 286, 335 (Dél-Afrika).

megszületett értelmezést erősít meg, hogy így *clear beyond peradventure*. De mindennél is lényegesebb, hogy Lord Browne-Wilkinson és Lord Griffiths a lépést a szigorú nyelvtani értelmezéstől való elszakadásként értékelték, és rögvést a célelvű (*purposive*) megközelítés győzelmeiként értékelték. Az angol joggyakorlatban tehát nyilvánvaló, hogy az originalizmus *nem* lehetett önálló iskola, legfeljebb egy állomás a szövegközpon-tú és teleologikus értelmezések között, amely, ahogy elfogadták, rögvést *dépassé*vá vált.

6.7. A Scalia-féle „vagy-vagy” – ti. vagy az alkotmányozó eredeti szándéka átfogja azt az alkotmányjogi esetet, vagy az alkotmányt kell módosítani – végül is magának az alkotmánynak a tekintélyét veszélyezteti.

A módosítási eljárás speciális jellege ugyanis megkülönböztető jegye az alkotmánynak.¹⁵⁶ Olyan normáról van szó ugyanis, amely abban is különbözik a jogrendszer többi elemétől, hogy csak egy speciális eljárásban módosítható. Ha minden esetben ehhez az eljáráshoz kell fordulni, amikor olyan kérdés merül fel, amelyre nem gondolhattak az alkotmányozók, úgy igen gyakran kellene ezt az utat igénybe venni. Egyfelől ez az amerikai jogi hagyománnyal való szakítást jelentené, hiszen – miként az jól ismert – „Franciaországban a törvény, Amerikában az alkotmány a szent”¹⁵⁷, s az alkotmány elveszítené a jogrendszerben azt a megkülönböztető ismervét, ami végül is kijelöli a pozícióját.

Az alkotmányértelmezés és -módosítás közötti összefüggés nyilvánvaló. *Grosso modo* azt mondhatjuk, hogy ott alakul ki gazdag precedensrendszer, ahol az alkotmány merev, és ott lesz viszonylag törések nélküli a joggyakorlat, ahol a módosítás nehezen kivitelezhető, vagy arra egyáltalán nincs is lehetőség. Mintha úgy tünne, hogy maguk az európai alkotmányozók és

156. Louis Favoreu: Az alkotmánybíróságok, ford. Horváth Éva in Paczolay Péter (szerk.): *Alkotmánybíráskodás – alkotmányértelmezés*. 58. sk.

157. Uo. 57.

az európai alkotmánybírák egyre inkább az alkotmány megmerevítésére törekednének: nem egy döntés van már, amely alkotmánymódosítást tekintett alkotmányellenesnek. A „megmerevített” vagy „érinthetetlen” szakaszokhoz így előbb-utóbb a szerzők szándékától eltérő értelmezési gyakorlat fog kapcsolódni. A francia alkotmányjogban a köztársasági államforma eltörölhetetlensége már nemcsak a rojalistákkal szemben véd – tekintettel arra, hogy ez nem jelent komoly veszélyt, nem is kell, hanem arra is szolgál, hogy abból meghatározható legyen bizonyos intézmények – például a köztársasági elnök – hatáskörének határai is. És pontosan egy ilyen kérdésben, mint a köztársasági elnök jogköre, az amerikai originalizmus igen ingoványos talajra kell, hogy tévedjen. Meg kell ugyanis vizsgálnia, hogy az alkotmányozók eredeti szándéka mennyiben terjedt ki arra, hogy átvegyen az angol király jogköreiből.

Am az eljárás ellentmond az originalizmus saját premisszáinak: mégha igaz is, hogy ezek a jogkörök jogátvétellel kerültek az amerikai alkotmányba, az alkotmányozók szándéka elsősorban arra irányult, hogy köztársasági államformát hozzon létre. Arról nem is szólva, hogy a *Bonham*-ügy egyik tanúsága éppen a királyi hatalomgyakorlás korlátozásának szükségessége volt. Így az originalizmus akármilyen messzire megy is vissza a hagyományba, inkább olyan elemekkel találkozunk, amelyekből éppen az szűrhető le: a bírák az alkotmány őrei, akik az időknek megfelelően kell, hogy értelmezzék a rájuk bízott jogi dokumentumot. És abban is döntenünk kell, hogy az alkotmányban foglalt értékek között miként építenek hierarchiát. A merev alkotmányok értelmezés során ugyanis ez a kérdés megkerülhetetlen, az alkotmányozók szándéka viszont aligha igazít e tekintetben.¹⁵⁸

6.8. Az olyan szimbolikus „könyvek”, mint amilyen a Tal-mud, az amerikai alkotmány vagy a francia *Code civil* értelmezésére – és ennek révén a jog autoritásának védelmére és

158. Murphy: Az alkotmányértelmezés művészete. 170. skk.

érvényesítésére – már kialakultak az intézmények.¹⁵⁹ Lehet, hogy ez sokak számára tűrhetetlen, de egy jogállamban az alkotmánybíróság az az intézmény, amelyet értelmezési hatalommal ruházott fel a jog. Az originalizmus a szöveg és/vagy a szándék autoritását vallja.¹⁶⁰ Érdekes megfigyelni, hogy Scalia az anglikán tradicionalizmust eleveníti fel, míg ahol a tradíció egy megváltoztathatatlan gyakorlatra utal, holott a katolikus felfogásban az egyház mint intézmény éppen fejlődő mércék mellett értelmezi a szent szövegeket.¹⁶¹ Scaliához hasonló „alkotmányos ellenforradalmárookra” szükség van, csakúgy mint azokra, akik éppen azt állítják, hogy az alkotmány szövegének semmiféle vagy végtelen számú jelentése van. Egy plauzibilis értelmezéstan kidolgozásakor ilyen álláspontok feldolgozására szükség van, hiszen azt – egy skála szélső értékeiként – ezek között kell keresni.

Az originalizmust nem tekinthetjük a legjobb értelmezéstannak – de Dworkinnal ellentétben – maguk a szerzők saját elméletüket nem is a „legjobbna”, hanem a „kisebbik rosszna” tartják. Kérdéses ugyanakkor, hogy valóban őszinték-e, valamint az is, hogy a döntés adott esetben történő elutasítása egyáltalán értelmezéstannak tekinthető-e. Ha pedig az alkotmányozók azt akarták, hogy az alkotmányra a jogászok mint jogi dokumentumra tekintsenek, akkor annak teljességével is számoltak, hiszen mire másra lenne jó az alkotmány mint jogi dokumentum, mint az összes alkotmányos kérdések megoldására. Nem gondolták, hogy a kérdés megoldható egyetlen hermeneutikai kánon alkalmazásának segítségével, de az össz-

159. Carbonnier-t idézi Gruning, miszerint a francia polgári törvénykönyvnek ma szimbolikus értéke van. Vö. David Gruning: *Codifying Civil Law: Principle and Practice*, *Loyola Law Review* 51 (2005). 57–71, 57.

160. Perry: *The Authority of Text, Tradition, and Reason*. 553. skk.

161. Allen R. Kamp: *The Counter-Revolutionary Nature of Justice Scalia's „Traditionalism”*, *Pacific Law Journal* 27 (1995–1996). 99–120. Ehhez képest Dworkin a „protestáns” hagyomány mellett kötelezi el magát.

hangban van a szándékukkal, hogy az alkotmányértelmezést művészetnek tekintsük.

Az originalizmusnak – mégha sok kritikát érdemel is – legalább ugyanennyi kérdésben igaza van. Aki teljesen elveti az originalizmus összes feltételezését, nem tud majd választ adni arra, hogy a jognak legalább azon része (ha nem az egész), ami nyilvánvalóan emberi akarat alkotása, miért normatív. Ha az alkotmány a jog része, s mint ilyen, kötelező, akkor alighanem vélelmezni kell, hogy alkotójának a szándéka az volt, hogy ilyen legyen. Szemben más vélelmekkel – mint amilyen a törvényhozó racionalitása vagy a jogrendszer hézagmentessége – a szándék vélelmezése megdönthetetlennek látszik. A túlzottan radikális originalizmuskritika ezt az előfeltevést kérdőjelezi meg, s mint ilyen, képtelen számot adni a jog sajátos jegyéről, a normativitásról. Ez egy jogászai értelemben vett megdönthetetlen vélelem, nem pedig metafizikai axióma; a beszédaktusokból szövődő hétköznapi kommunikáció sem működne e vélelem nélkül. Viszont a szavak ereje és a másik szándékának megértésre való törekvés nélkül a természeti állapotba hullanánk vissza.

7. Az alkotmányértelmezés művészete Kanadában

A következőkben az alábbi tényezők elemzésével kívánom bemutatni, hogy az alkotmányértelmezés művészete miként alakult Kanadában. Először a kanadai alkotmány természetét veszem szemügyre. (1) Ezek után azt vizsgálom majd, hogy a kezdetekben miért a „szószertiséget” valló felfogást fogadták el az alkotmányértelmezéssel akkoriban megbízott angol lordok. (2) Ezt követően azt elemzem, hogy miért nem az amerikaihoz hasonló történeti értelmezés (az „originalizmus”) vált Kanadában is bevett értelmezési kánonná (3), s hogy miért éppen az „élő fa” metafora lett az a mérce, amelynek segítségével a kanadai alkotmányt – egyre inkább kiterjesztve az

abban használt fogalmi apparátust – jelenleg is értelmezik (4). Az „élő fa” metafora adta „művészi szabadság” természetesen nem problémamentes, hiszen nyilvánvalóan szemben áll a demokráciákban megkövetelt többségi elvvel. Hogg és Bushell tanulmánya viszont azt állítja, hogy a jelenlegi kanadai alkotmányosságot nem fenyegeti mégsem a „bírák uralma”, hiszen a kanadai Legfelsőbb Bíróság tevékenysége nem monologikus jellegű, hanem éppen ellenkezőleg: a bírói döntés szinte minden esetben a törvényhozással folytatott párbeszéd nyitányának tekinthető (5).

7.1. Vannak olyan jogi kultúrák, ahol magából a normaszövegből fakad, hogy azt miként kell értelmezni. Így az Egyesült Államokban, ahol az alkotmány gyakorlatilag módosíthatatlan, csak az interpretáció teheti „élővé” a normaszöveg holt betűit. Ám van olyan jogrendszer is, ahol az alaptörvény alkotmány jellege vitatott, hiszen csak bizonyos jellemző jegyekből (például abból, hogy tartalmaz módosíthatatlan szakaszt vagy szakaszokat) következtethetünk arra, hogy a jogrendszer alapját képező jogi normáról van szó. Mivel a szabályt könnyű módosítani, ezért az értelmezők rendszerint maguk a parlamenti képviselők, akik igényük szerint fazonírozzák az alkotmány szövegkorpuszát. Ez a leírás illik a III. Francia Köztársaság alkotmányos berendezkedésére.

Kanada szövetségi államberendezkedését kialakító 1867-es British North America Act (BNA) (1982 óta: *Constitution Act*) eredetileg és jogi értelemben nem alkotmány, hanem birodalmi törvény volt, ami felett a jogforrási hierarchiában ott állt a brit történeti alkotmány. Az ország politikai értelemben a westminsteri megállapodás nyomán 1931-ben lett nemzetközileg elismert, önálló állam. Jogi értelemben viszont még ekkor sem volt az. Az alkotmány „hazahozataláig” (1982) a szuverenitás letéteményese ennél fogva nem a kanadai nép, hanem az angol parlament volt.

A BNA-t a brit parlament fogadta el és szerzői a „törvény” módosításának jogát fenntartották a brit parlament részére. Kanada tehát nem követte az „amerikai utat”, noha kézenfekvő lett volna már csak a földrajzi közelség miatt is. Az „amerikai út” ugyanis jogi és politikai okokból sem volt elfogadható. Az amerikai alkotmány riasztóan merev volt (az USA-ban 1804 és 1865 között egyetlen alkotmánykiegészítés sem született) és a politikai feszültségek (amelyek szításában a Legfelsőbb Bíróság is szerepet játszott) végül véres polgárháborúhoz vezettek el (1861–1865). Ilyen politikai kontextusban a brit történeti alkotmány hajlékonysága inkább tűnt a stabilitás és az ésszerű fejlődés garanciájának, még akkor is, ha ez egyet jelentett a jogi gyámság önkéntes vállalásával.

A kanadai Legfelsőbb Bíróság egy 1875-ös törvény nyomán állt fel. Ennek hatásköre szövetségi szintű volt ugyan, mégis a londoni *Privy Council* Jogi Bizottsága (*Judicial Committee of Privy Council*) maradt egészen 1949-ig a végső, azaz a kanadai Legfelsőbb Bíróság felett álló bírói instancia. A BNA szerzői ezt is hagyták, és nem követelték, hogy kanadai legyen az alkotmány „őre”, Úgy vélték, hogy mindenkinek jobb, ha nem veszik el ezt a funkciót a common law alkotmányosságban jártas brit lordoktól.

7.2. A *Privy Council*-ban ülő lordok szemszögéből nézve viszont a kanadai jogrendszer elismerési szabálya a brit történeti alkotmány (illetve a szuverén parlament akarata) maradt, ezért a BNA-t sokáig törvényként, a törvényértelmezésre vonatkozó szabályoknak megfelelően értelmezték, miközben az a kanadaiak szemszögéből nézve nem törvény, hanem egy alkotmány volt. Egy törvényt pedig máshogyan kell értelmezni, mint egy kartális vagy történeti alkotmányt.

A *common law* jogcsaládban a törvényértelmezésre vonatkozóan az az „ősi hiedelem”¹⁶² volt érvényben, hogy a bírák

162. Richard C. D. Risk: *Here Be Cold and Tygers: A Map of Statutory Interpretation in Canada in the 1920s and 1930s*, *Saskatchewan Law Review* 63 (2000). 195–225, 196.

feladata a törvényhozói szándék meghatározására és végrehajtására korlátozódik. Ez az „egyértelműség” (*plain meaning*) tana. A megdönthetetlennek tűnő vélelem tehát az, hogy a jogalkalmazó számára rendelkezésre áll közvetlenül a szöveg olvasása révén a jogszabály szavainak meg nem kérdőjelezhető jelentése, mivel a törvény szövege tökéletesen kifejezi a jogalkotói szándékot. Az értelmezési szabályt a Heydon-döntés (1584) véste kőbe. Az angol bíróság itt mondta ki, hogy a jogalkalmazói feladat a törvényalkotók valódi szándékának megállapítása.¹⁶³ Ugyanezt tanította a jogtudós Maxwell is:

„a törvényi jog a törvényhozás akarata; és a bírói értelmezés tárgya az, hogy meghatározza, milyen szándékot hordoz közvetlenül vagy következtetés révén a használt nyelv” (hiszen) „megkérdőjelezhetetlen szabály, hogy amit mi egy rendelkezés parlamenti történetének nevezünk nem teszi lehetővé a jelentésének magyarázatát”.¹⁶⁴

Monahan szerint mindez kiegészült azzal, hogy Kanadában is úgy látták: „a bíróságoknak alárendelt szerepe van; maguk a bíróságok nem hoznak politikai döntéseket, hanem egyszerűen jogi hatást fűznek a mások által megalkotott politikai döntéseknek.”¹⁶⁵ Dyzenhaus ehhez hozzáfűzi, hogy a törvényhozásnak a *common law* elvei fölé helyezése áll egyedül összhangban a demokráciával és a jogi pozitivizmus tanával. A törvényhozói hatalmat tehát a népképviselő kezébe kell adni, és a bíráknak úgy kell értelmeznie a jogot, hogy az ne legyen más, mint a parlament törvényben kifejeződő szándéka.¹⁶⁶

163. (1584), 3 Co. 7a, 76 E.R. 637.

164. *Maxwell on the Interpretation of Statutes*. 7. kiad. London: Sweet & Maxwell Ltd. 1929. 24.

165. Patrick Monahan: *Politics and the Constitution*, Toronto: Carswell 1987. 30.

166. David Dyzenhaus: *Humpty Dumpty Rules or the Rule of Law*, *Australian Journal of Legal Philosophy*, 28 (2003) 1. 22.

7.3. A lordok a törvényértelmezés során először nem vették figyelembe a törvényhozói szándéokra kívülről utaló „külső” bizonyítékokat (*external evidence*). Lényeges különbség az amerikai tradícióhoz képest, hogy sem az egykori angol, sem napjaink kanadai jogászai nem „originalisták”. A történeti értelmezés ugyanis tilos volt a common law jogi kultúrában. Már a teológiában is bevett nézett volt ugyanis, hogy Isten szándéka kifürkészhetetlen, s egyedül a Szentírásból olvasható ki, hogy Isten mit is parancsol. A törvényhozó szándéka ugyanilyen; és így ő sem gondolhatott mást, mint azt, amit a törvény szövegében olvasunk. A tilalomlistára helyezett, törvényhozó szándékára utaló külső bizonyítékok a törvényhozási történet (*legislative history*) dokumentumai. Ezek a dokumentumok Kilgour szerint a következők: a) a törvényhozás körülményei (*surrounding circumstances*); b) a bizottsági jelentések (*reports of commissioners*); c) a parlamenti viták (*debates in parliament*); d) a bíró mint törvény-előterjesztő (*judges as draftsmen*) álláspontja; e) a bizottsági módosító javaslatok; f) a különleges törvények; g) a törvényhez fűzött magyarázó jegyzetek.¹⁶⁷

A saját kartális alkotmány hiánya és a common law jogi kultúrába ágyazottsága miatt az amerikaiak „originalista” felfogásától eltérően Kanadában a „törvényhozás története” nem lehetett sem a törvény, sem pedig az alkotmány értelmezésének módszere. Az angol jogászok szerint ugyanis csak a szöveg fejez ki objektív szándékot, ezért sem a törvény-előterjesztő (alkotmányozó), sem pedig a parlamenti vitában elhangzó egyéni szubjektív szándékmegnyilatkozásokat nem szabad figyelembe venni. S ha nem vitatott a jelentés, akkor egyáltalán nem is szabad közvetlenül adott szószerintiségen túllépni.¹⁶⁸

167. David G. Kilgour: The Rule Against the Use of Legislative History, *Canadian Bar Review*, 30 (1952). 769–790., 770–780.

168. Morris Manning: *Rights, Freedoms and the Courts: a Practical Analysis of the Constitution Act*, Toronto: Emond-Montgomery, 1983. 71.

A tilalom jogi okai közé sorolható, hogy a törvényhozásban zajló vitát sokáig úgy fogták fel, mint olyan szóbeli bizonyítékot, amelynek figyelembevétele a bírói joggyakorlat szerint jogügyleti értelmezésnél tilos volt.¹⁶⁹ A jogi érveknél még erősebbek voltak a gyakorlati indokok. Az egyik ok az volt, hogy Angliában a parlamenti jegyzőkönyvek sokáig nem voltak nyilvánosak, mivel a politikusok és a jogászok nemcsak a Korona, hanem a közvélemény reakciójától is féltek.¹⁷⁰ (A jegyzőkönyvek nyilvánosságra hozatalának tilalma itt 1628-tól egészen 1908-ig fenn állt.) A parlamentáris demokráciában a történeti értelmezés alkalmazása amúgyis sajátos bonyodalmakhoz vezet. A kormány álláspontját képviselő törvény-előterjesztő, aki bizottsági ülésen részt vesz, rendszerint az ellenzéki vádakra próbál válaszolni, így ő nem feltétlenül tudja megmondani, hogy mi a törvényhozó szándéka. Vannak olyan parlamenti képviselők is, akik nem is olvasták az előterjesztést, vagy időközben elfelejtették, hogy miről volt szó. Az ő „tanúvallomásuk” nemcsak hogy nem fontos, hanem kifejezetten félrevezető is lehet. Mindebből az következik, hogy amennyiben elfogadná a történeti értelmezés tanát, a bíróságnak olyan tényekre is figyelemmel kellene lenni, ami a parlamenti jegyzőkönyvben nem kerültek rögzítésre.

A törvény-előterjesztés továbbá nem az igazság keresése, hanem a meggyőzés egy formája. A parlamenti csatározásban a miniszterek nem úgy viselkednek, mintha a bíróság előtt állnánk. Az is számít, hogy másként működik egy egykamarás és másként egy kétkamarás parlament. Nem mellékes körülmény az sem, hogy a törvény-előterjesztést mennyire „szedi szét” az ellenzék, amiből azután következik majd az is, hogy a törvény mennyire veszt el belső koherenciáját, mire sor kerül a szavazásra. Egy inkoherens szövegből aligha deríthető ki a törvényhozói szándék. S végül a törvény megszavazásának „ára” sokszor az egyik vagy másik kifejezés megváltoztatása avagy egy kifejezés „homályosítása”, oly módon, hogy ezzel

169. Uo. 787. sk.

170. Uo. 783. skk.

a parlament többség az egyik vagy másik pártnak avagy érdekcsoportnak kedvezzen.

A kortársak kanadai jogtudósok közül Binnie bíró nyolc okot sorol fel, ami miatt az amerikai originalizmus és általában a történeti értelmezés nem terjedhetett el Kanadában: *a)* ez a brit jog szerint tilos; *b)* nincs az alkotmányos törvények megszületéséhez kapcsolódó olyan mennyiségű s minőségű dokumentum, mint az Egyesült Államokban, és *c)* még ha lenne is, nem feltétlenül jó, ha bíró jogtörténésszé lesz (ti. miért lenne a judge made history elfogadhatóbb, mint a judge made law? vajon az újabb történeti kutatás felülírja a stare decisis elvét?); *d)* még két történész sem teljesen egyezően írja le ugyanazt a történeti eseményt vagy helyzetet; *e)* polgárháborút és forradalmat nemigen ismerő Kanada esetében nem lehet tudni, hogy kit kell tekinteni alkotmányozóknak; *f)* lehetetlen felfedezni az eredeti szándékot. Brennan bíró az Egyesült Államokban például azért utasította el ezt az értelmezési formát, mert azt gondolta, hogy maguk az alkotmányozók sem értettek egyet, így mi nem is érthetjük meg az ő szándékaikat, hiszen konszenzus hiányában az alkotmányozók inkább általános előírásokat alkottak. Továbbá, *g)* szemben az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságával, a kanadai alkotmány már figyelembe vette az amerikai és az európai tapasztalatokat is, hiszen Kanada igen sokáig Bill of Rights nélkül működött. Amikor pedig ezt kellett értelmezni, azzal a feltevessel éltek, hogy az alapjogok mindig is a kanadai jog részét képezték. Így már igen korán inkább a cél szerinti értelmezést fogadták el. S végül (*h*) a Karta 33 (1) szakasza lehetővé teszi, hogy továbbra is hatályban tartsák a hatályon kívül helyezett szabályt, s ebből azt a következtetést vonhatjuk le, hogy maguk az alkotmányozók is azt akarták, hogy a bíróság védelmezze az alapvető jogokat. Ez a lehetőség jobban korlátozza a bíróságokat, mint az eredeti szándék tana.¹⁷¹

171. Ian Binnie: Constitutional Interpretation and Original Intent, *Supreme Court Law Review* 23 (2004). 369–380.

7.4. A szigorú szöveghez kötöttséggel a *Privy Council* lordjai már a 20. század első harmadában szakítottak, és mint láttuk, nem álltak az originalista felfogás mellé sem. Dickson bíró 1979-ben viszont úgy látta, hogy Kanadában egyre gyakoribb lesz a törvényhozás dokumentumainak a használata.¹⁷² Vagyis az angoloknál tilalmazott módszert a kanadaiak feltehetően mégis alkalmazták, de mindössze azért, hogy így távolodhassanak el a szó szerinti törvényértelmezéstől. A sajátos jogi kultúra miatt az „egyértelműség” tanáról való leválás végül mégsem az originalizmus adta viszonylagos (és valójában mindössze látszólagos) szabadság, hanem a metaforahasználat révén történő kiterjesztő értelmezés irányába vitte el a kanadai bírakat. Így születhetett meg az a tan, ami az alkotmányértelmezés sajátosságát abban határozta meg, hogy az alkotmány egy olyan „élő fa”, amely az értelmező gondjaira van bízva.

7.4.1. Az „élő fa” hasonlat tökéletesen illeszkedett a britek történeti alkotmányfelfogásához. A kérdés az volt, hogy vajon alkalmazható-e egy kartális alkotmány esetében, amely formálisan nem is alkotmány, hanem törvény.

A metaforát minderre tekintettel Lord Sankay a „Persons” ügyben a következőképpen alkalmazta:

„A BNA természetes határain belüli növekedésre és terjeszkedésre képes élő fát ültetett el Kanadában. A Törvény célja az volt, hogy Kanada részére alkotmányt biztosítson. »Mint minden írott alkotmány, ez is a használat és a meggyőződés révén való fejlődésnek van alávetve.« (*Canadian Constitutional Studies*, Sir Robert Borden [1922], 55.) Őlordságuk nem tartja e Tanács kötelességének – és biztosan nem is kívánatos – hogy e Törvény előírásait szűk és technikai értelmezéssel vizsgálja, hanem inkább az, hogy annak tág és szabad értelmezés adassék, hogy a Gyarmat – bizonyos meghúzott határok között, de széles terjede-

172. Frederick Vaughan: *The Use of History in Canadian Constitutional Adjudication*, *Dalhousie Law Journal*, 12 (1989) 1. 59.

lemben – ura lehessen saját háza felett, ahogyan a provinciák is – meghúzott határok között, de széles terjedelemben – uralkodnak a sajátjaik felett.”¹⁷³

A metafora bevezetésének az elsődleges célja tehát nem a bírói aktivizmus „művészi leplezése” volt. A metaforahasználata révén a lordok valójában azt próbálták igazolni, hogy a Privy Councilnak a BNA-t nem birodalmi törvényként, hanem Kanada alkotmányaként kell értelmeznie (a szerzők nyilvánvaló szándéka ellenére).

A „Persons” ügy tényállása egyébként a következő volt. Egy albertai feminista, valamint az általa felkért hölgyek egy csoportja azt kérdezte a kanadai Legfelsőbb Bíróságtól, hogy vajon a BNA 24. szakaszában szereplő „személy” kifejezés magában foglalja-e a nőket vagy sem, s ha a válasz igenlő, akkor vajon a nők is eligibilisek-e egy olyan politikai intézménybe is, mint a Szenátus. A Legfelsőbb Bíróság kimondta, hogy a „személy” kifejezés homályos, így annak a jelentését az 1867-ben (vagyis a BNA elfogadásakor) uralkodó „egyértelműség” fényében kell meghatározni. Ekkor a nők politikai értelemben nem számítottak személynek, tehát most sem azok, így ilyen politikai tisztséget nem viselhetnek. A Legfelsőbb Bíróság tehát nem is azt vizsgálta, hogy a BNA 32. szakasza szerinti „megfelelő és képzett személy” (*fit and qualified person*) kategóriájába beletartozik-e az indítványozó, hanem azt, vajon a nők személyek-e. És a válasz az volt, hogy nem, legalábbis, a történeti jogalkotónak a jogszabály keletkezésekor szándéka szerint a nők nem lehettek azok.

A döntését felülvizsgáló *Privy Council* elutasította ezt az „eredeti szándéka” hivatkozó érvelést, és ehelyett kiterjesztően értelmezte a „személy” fogalmát. A döntés két okból is fontos a kanadai alkotmányelméletben. Egyfelől azért, mert kimondta, hogy Kanadának van alkotmánya, nevezetesen a

173. *Edwards v. Canada (Attorney General)*[1930] AC. 124. („Persons” ügy), 136.

BNA, másfelől, pedig azt, hogy az alkotmányt nem a törvényekre vonatkozó szabályok szerint, megszorítóan kell értelmezni, hanem kiterjesztően.

Az „élő fa” metafora ezért inkább az „élő alkotmány” (living constitution) koncepcióval mutat rokonságot. Utóbbira 1819-ben hivatkozott Marshall főbíró, a *McCulloch v. Maryland* döntésben:

„Sohasem szabad megfeledkeznünk arról, hogy az alkotmány az, amit kiterjesztünk, amelyet arra szántak, hogy fennmaradjon elkövetkezendő időkre és, következésképp, az emberi dolgok különféle kríziseihez igazodjék.”

Lord Sankey saját álláspontját a későbbiekben is megerősítette. Egy 1935-ben született ítéletében leszögezte: „alap- vagy organikus törvényt úgy kell értelmezni, hogy az értelmezés a lehető leghatékonyabban szolgálja a lehető legkiterjedtebb érvényesülését.” Lord Jovitt 1947-ben hasonlóan rögzítette, hogy „egy ilyen organikus törvény esetében a változó körülmények által megkövetelt hajlékony értelmezésre van szükség”.

Vagyis azt láthatjuk, hogy az „élő fa” teória a *Privy Council* joggyakorlatának szerves része lett, és ennél fogva pedig a kanadai jogi hagyományba is belenemesedett. Megjegyzem, hogy az alkotmány elsődlegességét sem az Egyesült Államokban (*Marbury vs. Madison*), sem pedig Franciaországban (az 1971-es gyűlekezési szabadságról szóló alkotmánytanácsi döntés) nem így – azaz nem az alkotmányértelmezés sajátosságára hivatkozással – igazolták.¹⁷⁴

7.4.2. Az alapnorma „hazahozatalára”, vagyis a jelenleg hatályos kanadai alkotmány elfogadására 1982-ben került sor. Ekkora az alkotmányos ügyek kezeléséért indított londoni zárandoklat már tűrhetetlen anakronizmus lett, így hozták haza a

174. Vö. Mario Capelletti: *Judicial Review in the Contemporary World*, New York: The Bobbs-Merrill Co. 1971. 52. sk.

kanadaiak a végül a brit parlament által elfogadott alkotmány-törvénnyel együtt az alkotmányértelmezés és -módosítás jogát is.¹⁷⁵ Ám ezzel az egykori hajlékony alkotmányt – legalábbis a módosíthatóság szemszögéből nézve – igen merevvé tették.¹⁷⁶ Az alkotmány része a szabadságjogokról szóló karta, amelynek 5. szakasza szerint minden jogszabály kontroll alá vehető. Egy kétségtől mentes megjegyzés szerint így módon a kanadai alkotmányfejlődés Burke-től (történeti alkotmány) Locke-ig (szabadságjogok normatív dokumentuma) ível.¹⁷⁷ A Kartával együtt az alapjogi bírászkodás is megszületett.

A Karta előtt uralkodó felfogás szerint az alapjogok védelmét nem bíróságnak, hanem a parlamentnek kell ellátnia. A Parlament alapjogvédő funkcióját támasztja alá, hogy a szuverén a fékek és egyensúlyok rendszerét testesíti meg. Az alapjogvédelem abban merül ki, hogy az ellenzéki pártok szabadon bírálhatják az emberi jogokat megsértő kormányzatot.¹⁷⁸ A közvetlenül a Karta elfogadását megelőző időben a Legfelsőbb Bíróság maga igen önkorlátozó joggyakorlatot alakított ki, amivel ismét csak az alapjogoknak a törvényértelmezés szabályai szerinti értelmezése felé mozdult el.¹⁷⁹

175. Guy Favreu: *Constitutional Amendment in a Canadian Canada*, *McGill Law Journal* 12 (1966–67). 192–193.; uő: *The Amendment of the Constitution of Canada*, Ottawa: Queen's Printer 1965.

176. Az alkotmánymódosításról lásd Benoît Pelletier: *La modification constitutionnelle au Canada*. Scarborough: Carswell 1996; Peter C. Oliver: *The Constitution of Independence. The Development of Constitutional Theory in Australia, Canada, and New Zealand*, Oxford: Oxford University 2005; James R. Hurley: *Amending Canada's Constitution: History, Process, Problems and Prospects*, Ottawa: Canada Communication Group 1996.

177. Peter H. Rudsell: *Constitutional Odyssey. Can Canadian become a Sovereign People?* Toronto: University of Toronto 1992.

178. Donald Smiley: Courts, Legislators, and the Protection of Human Rights, in Martin L. Friedland (szerk.): *Courts and Trials: a Multidisciplinary Approach*, Toronto: University of Toronto 1975.

179. Ennek a Diceyre visszanyúló felfogásnak a legismertebb kortárs védelmezője Jeremy Waldron.

Ez a „mérsékelt” felfogás Dickson bíró kinevezéséig tartott. Ő volt az, aki felelevenítette az „élő fa” doktrínát:

„az alkotmány, írja, olyan dokumentum, amit arra terveztek, hogy növekedjen és fejlődjön az idők alatt, hogy a szövegezők által elképzelhetetlen új társadalmi politikai és történeti valósággal találkozzon... (A Egyezmény értelmezése) filozófiai és egy lehetséges politikai elméletet igényel kontextusként ... Amikor az alkalom új jogért kiált, merjük azt megalkotni. Ismerjük el, hogy a jog egy élő szervezet, célja az, hogy az életet szolgálja; vitalitása megújulásától függ.”¹⁸⁰

A dicksoni felfogás már az első Karta-döntésben megjelent:

„Az alkotmány kiterjesztése alapvetően különbözik a törvényértelmezéstől. Egy törvény jogokat és kötelezettségeket határoz meg. Könnyen megalkotják és könnyen hatályon kívül helyezik. Az alkotmányt viszont a jövőre tekintettel szövegezik meg. A funkciója az, hogy a kormányzati hatalomnak legitim gyakorlásához folyamatos keretet biztosítson, s amikor a *Bill of Rights* hoz kapcsolódik, az egyéni szabadságjogok szakadatlan védelmét lássa el. Ha egyszer elfogadták, előírásait nem lehet könnyen hatályon kívül helyezni vagy módosítani. Ezért képesnek kell lennie a növekedésre és fejlődésre az idők során, hogy, gyakran az alkotmányozók által nem látott, új társadalmi, politikai, és történeti valósággal találkozzon. A bírói hatalom az alkotmány őre és amikor az előírásait értelmezi, ezeket a megfontolásokat fejben kell tartania.”¹⁸¹

A metafora ma is jelen van a bíróság joggyakorlatában, és az egyik legfontosabb szerepe éppen az, hogy ennek alapján a bí-

180. Robert J. Sharpe – Kent Roach: Brian Dickson: a Judge's Journey, Toronto: University of Toronto 2003. 310.

181. *Sub nom. Canada (Director of Investigation & Research, Combines Investigation Branch v. Southam Inc.* [1984]) 2. S.C.R. 145.

rák helyesen vagy helytelenül, de elutasítják az originalizmust. Lamer bíró a következőképpen érvelt egy nevezetes, 1985-ben született döntésében:

„ha az újonnan elültetett »élő fának«, vagyis a Kartának van lehetősége a növekedésre és igazodásra az idők folyamán, figyelni kell arra, hogy növekedését ne állítsák meg az olyan történeti dokumentumok, mint a jegyzőkönyvek (*Minutes of Proceeding*) vagy a Különleges Vegyes Bizottság által nyújtott bizonyítékok.”¹⁸²

Az azonos neműek házasságáról szóló, nagy vitát kiváltó döntésben ismét előkerült az „élő fa” hasonlat, és, miként az előbb is, az originalista/textualista értelmezéstan elutasítása is:

„A »fagyasztott fogalmak« érvelése szembefut a kanadai alkotmányértelmezés egyik legalapvetőbb elvével, vagyis azzal, hogy alkotmányunk egy élő fa, amely a fejlesztő értelmezés segítségével a modern élet valóságához igazodik és alkalmazkodik.”¹⁸³

A „fagyasztott fogalmak” kifejezés használata nyilvánvalóan szözszerinti és a történeti értelmezés kánonjainak elvetésére utal. Az alkotmány kiterjesztő értelmezése azonban nem azt jelenti, hogy a bírák rákényszerítenék az akaratukat szövetségi szinten a törvényhozóra és a népre. A kanadai alkotmánybíráskodás ugyanis dialogikus természetű.

7.5. Az „élő fa” metafora „újrahasznosításával” szemben kritikák is megfogalmazódtak. A konzervatív amerikai jogtudós, Robert H. Bork egy közelmúltban megjelent áttekintése a kanadai Legfelsőbb Bíróságot a világ egyik leginkább „aktivista”

182. *Reference re Section 94 (2) of the Motor Vehicle Act (BC)* [1985] 2 SCR, para. 53.

183. *Reference re Same-Sex Marriage*[2004]3 SCR 698,2004 SCC.

taláros testületeként határozza meg.¹⁸⁴ A Kanadában egyre inkább erősödő bírósági „imperializmus” (*judicial imperialism*)¹⁸⁵ egyik bizonyítéka az említett szerző szerint pontosan az általunk is idézett 1985-ös döntés, ahol az alkotmányozók nyilvánvaló és bebizonyított szándéka ellenére az alkotmány „alapvető igazságossági elvekre” (*principles of fundamental justice*) vonatkozó klauzulájának a bírák tartalmi, és nem pusztán eljárási értelmet tulajdonítottak.¹⁸⁶ Bork álláspontjától alig-alig különbözik az ugyancsak konzervatív és „originalista” Scaliáé, aki viszont közvetlenül is vitába szállt – igaz, az előbbivel ellentétben kizárólag az amerikai rendszert kritizálva – az „élő fa” felfogás egyik legfontosabb mai képviselőjével, a kanadai Binnie bíróval, aki viszont terjedelmes tanulmányban utasította vissza a vádakát.¹⁸⁷

A Bork és Scalia által tárgyalt amerikai problémák alig-alig hozzák lázba a kanadai jogászokat. Mint említettem, a kanadai szakirodalomban ugyanis viszonylag átfogó egyetértés van a tekintetben, hogy az alkotmánykontrollt a Legfelsőbb Bíróságnak kell ellátnia. A vita nem az alkotmánybíráskodás normatív igazolása körül forog, hanem akörül, hogy az „élő fa” metaforáját valló bírakat milyen viszony fűzi a törvényhozóhoz. Vajon a metafora mögé bújva a bírák nem inkább elbitorolják a törvényhozó hatalmát? A válasz csak akkor lehet nemleges, ha sikerül bizonyítani, hogy a bírói munka nem monologikus, hanem dialogikus jellegű.

184. Robert H. Bork: *Coercing Virtue. The Worldwide Rule of Judges*, Washington: The AEI Press 2003. 85–110.

185. *Uo.* 91.

186. *Uo.* 106. Vö. *Reference re Section 94(2) of the Motor Vehicle Act (BC)* [1985] 2 SCR 485.

187. Antonin Scalia: *Romancing the Constitution: Interpretation as Innovation*, *Supreme Court Law Review* 23 (2004) 337–344.; Binnie: *Constitutional Interpretation and Original Intent*.

7.5.1. A Hogg–Bushell-szerzőpáros szerint maga az alkotmány (az alkotmányozó atyák szándéka) viszonylag tág értelmezésének köszönhetően Kanadában kialakult egy olyan „párbeszéd”, ahol a törvényhozó is szóhoz jut, így lehetősége van arra, egyetértését vagy nem tetszését fejezze ki az „élő fa” növekedésével összefüggésben. A szerzőpáros önmeghatározása szerint „pozitivista”, ami esetükben azt jelenti, hogy elutasítanak mindenféle természetes jogra hivatkozó elméletet. A modell szerintük legitim a többségi elv alapján működő demokráciában is, anélkül hogy az alkotmányt megelőzően létező természetes jogokra vagy általában a természetjogra hivatkoznánk.

Hogg és Bushell az alkotmányban rögzített felülbírállhatósági szakaszra hivatkozva azt kívánja igazolni, hogy az aktivizmus azért nem jelent nagy veszélyt, mivel a törvényhozó számára minden döntés után megmarad a lehetőség arra, hogy párbeszédbe elegyedjen a bírósággal. Ezzel együtt, megfigyelésük szerint a tagállami vagy szövetségi törvényhozás nagyon ritkán tartotta hatályban a Legfelsőbb Bíróság által kifogásolt jogszabályt. Az alkotmány bírói kontrollja tehát legitim és demokratikus. Más szóval, a törvényhozónak a bírói döntés után is megmarad az a lehetősége, hogy az eredetileg kitűzött jogalkotási célját megvalósítsa. A Legfelsőbb Bíróság célja ugyanis nem az, hogy a törvényhozó munkáját akadályozza, hanem az, hogy megjelölje azt az eljárást, amelynek figyelembevételével mellett a törvényhozó az adott alapjog szükségtelen korlátozása nélkül eljárhat. A dialógus pozitív szociológiai hatása az, hogy a bíróság és a törvényhozó párbeszéde nyomán a nyilvános politikai viták szerves részévé válnak a Kartában védett alapjogok.¹⁸⁸

188. Peter W. Hogg – Allison A. Bushell [– Thornton]: The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All) *Osgoode Hall Law Journal* 35 (1997) 1. 75–124.

7.5.2. A „párbeszéd” (*dialogue*) alatt a szerzők minden olyan esetet értenek, amikor a bíróság jogszabályt hatályon kívül helyező döntésére a törvényhozó vagy a nép valamilyen választ ad (például, amikor a parlament elfogadja a bíróság döntését).¹⁸⁹ A „dialógust” a kanadai alkotmány négy rendelkezése teszi lehetővé.

a) A 33. szakasz vezeti be a törvényhozói felülvizsgálatot (*override*) lehetővé tevő „dac” (*notwithstanding*) klauzulát. Ez a szakasz bizonyos jogok kivételével (szavazati jog, szabad mozgás, nyelvi jogok, nemi egyenlőség) a törvényhozónak lehetőséget teremt arra, hogy a támadott törvénybe egy olyan „dac” kikötést illesszen, amely öt évre (vagyis a választási cikluson túlnyúló időre) a Legfelsőbb Bíróság döntése ellenére hatályban tartja a támadott rendelkezést. Ez a legerősebb fegyver a törvényhozó kezében, ám ennek alkalmazására igen ritkán, összesen három alkalommal került sor. Egy esetben Québec ilyen módon fejezte ki elégedetlenségét, hogy a Kartát a bejegyzése nélkül fogadták el. Egy másik alkalommal a Legfelsőbb Bíróság egy tagállami bíróság döntését követően maga állt a törvényhozás pártjára. S harmadjára a québeci nyelvvelmi törvényt tartották így meg, de az öt év eltelte után az új kormányzat a „dac” klauzula fenntartása helyett olyan törvényt hozott, amely már inkább megfelelt az alkotmánynak.¹⁹⁰

b) Az 1. szakasz kimondja, hogy a Karta által meghatározott jogosultságokra vonatkozóan a törvényhozó „ésszerű korlátokat” (*reasonable limits*) állíthat fel. Az alkotmányozó a véendő jogosultságokat és a törvényhozó által adandó igazolás módját is szándékosan homályos fogalmakkal határozta meg. A Legfelsőbb Bíróság által kidolgozott Oakes-teszt emiatt a következő módon definiálta az „ésszerű korlát” kifejezést: (i) A törvény fontos célt kíván megvalósítani, (ii) ésszerűen kap-

189. Uo. 75–82.

190. Uo. 82–84.

csolódik a célhoz, (iii) csak a célnak megfelelően szükséges mértékben korlátoz és (iv) a címzettekre nézve nem aránytalanul súlyosan hátrányos. A viták általában a (iii) kritérium kielégítése körül forognak, vagyis akörül, vajon a törvényhozó a Kartában rögzített jogosultságot valóban a lehető legkisebb mértékben korlátozta-e (*the least restrictive mean*).

A Legfelsőbb Bíróság rendszerint megjelöli azt az alternatív utat, amely enyhébb alapjogkorlátozással járna. A már említett québeci nyelvtörvény ügyben is a teszt (iii) kritériuma állt az érdeklődés homlokerében. A kisebbségi nyelvvédelem ugyanis olyan kellően fontos cél, amely alapján a véleménynyilvánítás is korlátozható. Más nyelv – jelen esetben az angol – teljes tilalma azonban aránytalan korlátozás, hiszen már a francia nyelv kötelező vagy domináns használatának előírása is megvalósítja a törvényhozó által kívánt célt. Mint említettük, az ötéves időszak letelte után a québeci törvényhozó is az utóbbi, a Legfelsőbb Bíróság által kijelölt utat választotta a „dac” klauzula fenntartása helyett. Az (iii) kritérium használatakor a Legfelsőbb Bíróság a kevésbé korlátozó jellegű rendelkezést kijelöli. Ily módon kifejezetten felhívja a párbeszéd lefolytatására a törvényhozót. Vagyis igaz, hogy a bírósági döntés befolyásolja a nyilvános vitát, de az viszont nem igaz, hogy azt helyettesítené vagy értelmetlenné tenné.¹⁹¹

c) A 7., 8., 9., valamint a 12. szakaszok kimondják, hogy csak a méltányos és ésszerű kormányzati aktusok korlátoznak alkotmányosan. Az egyes szakaszokban alkalmazott kifejezések – „alapvető igazságossági elvek” (*the principles of fundamental justice*), „ésszerűtlen kutakodás vagy elkobzás” (*unreasonable search or seizure*), „önkényes letartóztatás vagy bebörtönzés” (*to be arbitrarily detained or imprisoned*), „kegyetlen és szokatlan bánásmód vagy büntetés” (*cruel and unusual treatment or punishment*) – tág manőverezési lehetőséget ad a bíróság

191. Uo. 84–87.

számára. S annak ellenére, hogy ezekre a minősített jogosultságokra az 1. szakasz „dac” klauzulája nem alkalmazható, a törvényhozónak megmarad a válaszadási lehetősége. A Legfelsőbb Bíróság joggyakorlatában azonban e szakaszokra vonatkozóan nem találunk az Oakes-teszthez hasonló átfogó mérce-t. Hogg és Bushell általában a bűnüldözés során alkalmazott eszközök „ésszerűségét” tisztázó döntéseket elemzi. Anélkül, hogy ezeket a példákat végigvennénk, elég, ha a kutatás konklúzióját idézzük: a döntések hatása nem a bűnüldözési eljárás hatékonyságának csökkenése volt, hanem az, hogy a törvényhozók a bírósági döntéseknek megfelelően átalakították a jogszabályokat.¹⁹²

d) Az egyenlőségi jogok érvényesítésére kiterjedt védelmi mechanizmusok állnak rendelkezésre. A legjellegzetesebb törvényhozói hiba ezekben az esetekben az, ha bizonyos csoportok kimaradnak a kedvezményezettek köréből. Ha például a törvényhozó csak a gyermeküket egyedül nevelő nőket részesíti családi segélyben, de a férfiakat viszont nem.¹⁹³ Válaszként a törvényhozó akár az előzetesen kiválasztott csoportnak ígért kedvezmény csökkentésével is, de inkább kiterjeszti a személyi kört, mintsem, hogy feladja a program végrehajtását. A Legfelsőbb Bíróság döntése után a törvényhozónak bőven áll rendelkezésére olyan technika, amelynek segítségével az alkotmánynak megfelelő szabályozást alkothat.¹⁹⁴

192. Uo. 87. skk.

193. *Phillips v. Social Assistance Appeal Board* (N.S.) (1986), 76 N.S.R. (2d) 240 (C.A.)

194. Hogg–Bushell: *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures*. 90. sk.

7.5.3. Előfordulhatnak azonban olyan esetek is, amikor a törvényhozó nem tud párbeszédet folytatni.

a) Először is, ha az Alkotmány 1. szakasza nem alkalmazható, mivel a támadott rendelkezés nyilvánvaló ellentmondásban áll a Karta valamelyik rendelkezésével. Az a québeci törvény például, amelyik korlátozta azon gyermekek angol nyelvű iskolába való beíratásának jogát, akiknek a szülei Québecben angol nyelvű oktatásban részesültek, nyilvánvaló ellentmondásban volt a Karta 23. szakaszának (1) bekezdésével, amely viszont kimondja, hogy bármely kanadai állampolgárnak joga van oda beíratni a gyermekét, ahova ő szeretné. Ebben az esetben meg sem vizsgálta a Bíróság az Oakes-teszt „ésszerűség” kritériumát. Ráadásul ezen a területen a „felülvizsgálat” lehetősége is ki volt zárva (33. szakasz), minthogy az csak a Karta 7–15. szakaszaiban meghatározott jogosultságok esetében alkalmazható. A québeci törvényhozónak tehát fel kellett adnia a törvényhozói cél megvalósítására irányuló szándékát.¹⁹⁵

b) Ugyanígy elmarad a „párbeszéd”, ha a törvényhozás célja alkotmányellenes. Igen ritkán, de megesik, hogy az 1. szakaszhoz kapcsolódó teszt első kritériumán már elbukik a törvény. A vasárnapi kötelező munkaszüneti nap bevezetésére vonatkozó rendelkezés bizonyult ilyennek, annak ellenére, hogy a törvényhozót nem kizárólag vallási, hanem szekuláris megfontolások is vezették. A Legfelsőbb Bíróság mégis úgy látta, hogy a törvény a vallás szabad gyakorlását korlátozza. Ha tehát a törvény vitatható célokkal (*objectionable objectives*) rendelkezik, a törvényhozó kezében csak a 33. szakasz alkalmazásának lehetősége marad. Ha viszont ez nem érinti azokat a jogosultságokat, amelyeket ugyanezen rendelkezés felsorol, a Bíróságé az utolsó szó.¹⁹⁶

195. Uo. 92. sk.

196. Uo. 93. skk.

c) S végül, a harmadik esetkör az, ha a politikai megosztottság lehetetleníti el a törvényhozói választ. Ez történt az abortuszhatározat után,¹⁹⁷ amikor a törvényhozó liberálisabb szabályozása elbukott a Szenátusban. Az új törvény megalkotását tehát nem a bírói döntés lehetetlenítette el (sőt, sokkal inkább az stimulálta a nyilvános vitát), hanem maga a törvényhozó.¹⁹⁸

7.5.4. A Hogg–Bushell-tanulmány széles körben keltett érdeklődést és nemcsak a szakirodalomban vitatták meg, hanem bírósági joggyakorlatában is referencia lett. A szerzőtársak tíz évvel a megjelenés után a joggyakorlat áttekintése mellett válaszoltak a legfontosabb kritikákra is.¹⁹⁹

Első és legnyilvánvalóbb probléma az volt, hogy igen sokan félreértették a „párbeszéd” kifejezést. A szakirodalom egy része nem is más, mint „párbeszéd a párbeszédről” (*dialogue about dialogue*).²⁰⁰ A kritikusok egy másik része azt róta fel, hogy nem világos, a tanulmány vajon leíró avagy normatív elmélet. S végül, politikailag elkötelezett, jobb- és baloldali kritikusok is megjelentek az irodalomban. Válaszukban a szerzők először is kiemelték, hogy a „párbeszéd” kifejezés metafora. Ezzel utaltak arra, hogy Kanadában jelenleg az alkotmánykontrollnak az amerikaiánál gyengébb, de a Karta elfogadását megelőző időszak joggyakorlatánál erősebb formája létezik. A „párbeszéd” kifejezés tehát mindössze annyira utal, hogy a Legfelsőbb Bíróság döntésére vonatkozóan lehetséges jogalkotói választ is adni. Ezeken az általánosságokon túl a szerzőknek a következő kritikákkal kellett megbirkózniuk.

197. *R. v. Morgenthau* [1988] 1 SCR. 30.

198. Hogg – Bushell: *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures*. 95.sk.

199. Peter W. Hogg – Allison A. Bushell – Wade K. Wright: *Charter Dialogue Revisited – or „Much about Metaphors”, Osgoode Hall Law Journal* 45 (2007) 1. 1–65.

200. *Uo.* 6.

Egyesek azt rótták fel a szerzőknek, hogy a tanulmányból hiányzik a normatív tartalom, vagyis nem igazolja magát a bírói alkotmánykontrollt. Ez valóban igaz, válaszolták a szerzők, mivel az igazolás nem is volt a céljuk. De ha már felmerült ez a kérdés, akkor jelzik, hogy szerintük a kontroll igazolásának három módja van, s ezek mindegyike nyitva áll a kanadaiak számára is:

- a) Az erkölcsi igazolás, á la Dworkin, azt hangsúlyozza, hogy a jogokat nem lehet korlátozni az általános jólétre hivatkozva.
- b) A politikai igazolás szerint 1982-ben a kanadai alkotmányozók kiterjedt nyilvános vita után, az amerikai és a Karta előtti kanadai tapasztalatok alapján fogadták el az új alkotmányt. Vagyis mindenki számára nyilvánvaló volt, hogy nem mi(lyen) fán terem az innovatív alkotmánykontroll, így a Legfelsőbb Bíróság tevékenységének a kezdetektől fogva erős társadalmi támogatottsága van.
- c) A jogi igazolás szerint az alkotmány 52. szakasza kimondja, hogy az alkotmányba ütköző törvény semmis. A Karta az alkotmány része; ez pedig egyértelmű felhatalmazást jelent a Legfelsőbb Bíróság részére. Ezeket az igazolásokat az előző tanulmány nem fejtette ki, mindössze azt bizonyította, hogy a Kartához kötődő joggyakorlat az alkotmánykontroll egy gyenge formájához igazodik, s ennek oka pedig magában az alkotmányban van. (Lásd az 1. és a 33. szakaszok szerepéről mondottakat.²⁰¹)

A kritikusok egy másik csoportja szerint nincsen párbeszéd ott, ahol a bíróság mondja ki a végső szót. Erről akkor lenne szó, ha a törvényhozó is értelmezhetné az alkotmányt, vagyis

201. Uo. 27–30.

ha a Bíróság és a törvényhozó valamiféle „együttműködő tekintély”-ként (*coordinate authority*) működne. Ha viszont az „értelmezési anarchiát” (*interpretive anarchy*) el kívánja kerülni, vetik fel Hoggék, akkor az alkotmányozónak kell meghatároznia, hogy kimondja ki a végső szót. Amikor a Legfelsőbb Bíróság teszi ezt, mindössze a támadott jogszabály és a Karta konzisztenciáját vagy annak hiányát állapítja meg. Más szóval a politikai irányvonal meghatározása (*policy outcome*) vissza kerül a törvényhozó kezébe. A „végső” szó nem jelenti, hogy a Legfelsőbb Bíróság döntése helyes lenne, s azt sem, hogy az értelmezés bírói monopólium volna. Ugyanis a hatalmi ágak mindegyikének első rangú kötelezettsége (*first order duty*) a Karta által meghatározott értékek érvényesítése. A hatalom-megosztás tanából következik a másodrangú kötelezettség (*second order duty*): elő kell segíteni a többi hatalmi ág elsődleges kötelezettségének teljesítését. Utóbbi kötelezettség teljesítése azonban lehetetlen anélkül, hogy a hatalmi ágak ne értelmeznék maguk is az alkotmányt. Hoggék álláspontja szerint inkább arról van szó, hogy a többi hatalmi ágnek tekintettel kell lennie a Legfelsőbb Bíróság joggyakorlatára. Ez tehát korlátozza az értelmezési szabadságukat, ám ha nem így tennének, a jogkorlátozás „ésszerűtlen” lenne. Két kivétel lehetséges: *a*) a körülmények lényegesen megváltoznak; *b*) a törvényhozó a „dac” klauzulához nyúl. Utóbbi esetben a bölcsen eljáró törvényhozónak azonban rögzítenie kell, hogy nem magát a Kartában rögzített jogosultságot kívánja felülvizsgálni, hanem a vonatkozó bírói joggyakorlatot. Ilyen értelemben a törvényhozónak van ugyan értelmezési jogköre, de ez korlátozott. Ez a felfogás illeszkedik leginkább a kanadai hagyományba is. Itt nehéz az alkotmányos hagyományra hivatkozva igazolni a „vegyük el a bíróságoktól az alkotmányt” tételt, s nem illeszkedik az alkotmány szerkezetéhez sem, hogy az utolsó szó joga minden esetben a törvényhozóhoz kerüljön. Ha ugyanis a törvényhozó a „dac” klauzula vagy a 33. szakaszra való hivatkozás nélkül vizsgálhatná felül a bírói döntéseket, ezek a szabályok értelmüket vesztenék. A jogállamiság elve pedig kimondja,

a törvényhozó és a végrehajtó hatalom joghoz kötött. Ha az övék lenne a végső szó, nehéz lenne igazolni, hogy a Karta kötelező rájuk, s a kisebbségvédelem sem lenne megoldható. Mindez nem jelenti azt, hogy a legfontosabb politikai változásokat a bíróságoknak kellene kezdeményezniük; ez továbbra is törvényhozó és a végrehajtó hatalom dolga. A Legfelsőbb Bíróság feladata az, hogy ezeket a programokat alkotmányos mederbe terelje. De okulva az amerikaiak Lochner-korszakban szerzett tapasztalataiból, a kanadai alkotmány rögzíti azokat a mechanizmusokat, amelyek révén a törvényhozói válasz megszülethet.²⁰²

Kanadában tehát nem igaz (és talán máshol sem) az a dworckini tézis, hogy az alkotmánykontroll lenne a „vétő a nemzeti politika felett”,²⁰³ hiszen a Legfelsőbb Bíróság döntése mindössze a törvényhozóval folytatott párbeszéd kezdete. Ez a párbeszéd arról szól, hogy a Kartában rögzített egyéni szabadságjogokat miként lehet összeegyeztetni a társadalom- és gazdaságpolitikai célokkal. Minthogy a törvényhozó mindig (és ez nemcsak elméleti lehetőség, hanem a gyakorlatban is így történik) válaszolhat, ezért nem igaz, hogy a kinevezés (és nem választás) útján felálló, politikailag felelősségre vonhatatlan Bíróság alkotmánykontrollja illegitim lenne.

202. *Uo.* 30–38.

203. Ronald Dworkin: *The Forum of the Principle*, *New York University Law Review* 56 (1981). 469.

III. Törvénytudók árulása? A jogdogmatika erkölcsi semlegessége illegitim jogrendszerben

Egy adott jogfilozófia klasszifikálása során döntő szempont a jog és erkölcs viszonyának megítélése.¹ E fejezet tárgya egy meghatározott korszak erkölcstelen „anti-joga” (*anti-droit*),² valamint az arra vonatkozó specifikus, ugyancsak erkölcstelen jogászi diskurzus. Célunk a jogdogmatika (vagy „doktrína”) erkölcsi dimenziójának vizsgálata; az erkölcsi semlegesség, még pontosabban fogalmazva, a jogi pozitívizmus által állítólag előírt „objektív-tudományos” attitűd elemzése, ami, ugyancsak állítólag, jellemző volt a vizsgált korszak vezető pozitivista jogászaira. Elemzésünk kiindulópontját a Duverger-ügy képezi. Ezután az ügy jogfilozófiai aspektusairól lesz szó. Először Danièle Lochak antipositivista érvelését, majd Michel Troper erre vonatkozó, pozitívizmus védelmében kidolgozott válaszát rekonstruáljuk. A konklúzióban amellet érvelünk majd, hogy

1. Herbert Hart: Positivism and the Separation of Law and Morals, *Harvard Law Review* 71 (1958). 593–629.

2. Az *anti-droit* kifejezés a német *Unrecht* fordítása. Így használja pl. Philippe Fabre doktori dolgozatában (*Le conseil d'État et Vichy: le contentieux de l'antisémitisme*, Párizs: La Sorbonne 2001) A francia irodalomban van egy másik kifejezés is, a *non-droit*, de ez nem az *Unrecht* megfelelője, hanem olyan normatív tényekre utal, mint a szokás, a divat vagy az illem. A *non-droit* fogalmát Jean Carbonnier vezette be. Lásd *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9. kiadás., Párizs: L.G.D.J. 1998.

a jog és erkölcs között – legalábbis bizonyos esetekben – van szükségszerű kapcsolat: nehéz esetekben a politikai közösség erkölcsi felfogása szerepet játszik abban, hogy a jogtudós érvényesnek tekint-e egy jogszabályt, vagy kétségbe vonja annak létezését.

1. A „Duverger-ügyről” általában

A Duverger-ügynek nemcsak jogfilozófiai, tudományetikai, politikai dimenziói, hanem jogi vonatkozásai is voltak, hiszen maga a főszereplő vitte ügyét a bíróság elé. A rekonstrukciót ezért egy bírósági eljáráshoz hasonló szerkezetben végezzük el: a „vádlott” bemutatását a „vád” és a „védelem” ismertetése követi.

1.1. A „vádlottról”

Maurice Duverger 1917-ben született Angoulême-ben. A kollaboráció egyik szellemi centrumának számító bordeaux-i egyetemen tanult, majd a Pétain-rendszer egyik vezető jogtudósának, Roger Bonnard-nak a tanítványaként kezdett el tanítani. Mindössze belekóstolt a bordeaux-i iskola által kidolgozott absztrakt logikába, amely „a szövegek révén szabályozott helyzetek általánosításával meghatározható rendszert kutatja, amelyből pedig levezethetők az előre nem látott esetekre alkalmazható megoldások”.³

1940-ben Duguít és Bonnard tanainak cizellálása helyett Duverger „szigorú és formalista” doktori dolgozatot ír. Ez a „Lakóingatlanok kisajátítása a közszolgálatok részére” (*L'affectation des immeubles dominiaux aux services publics*) című

3. Maurice Duverger: *La perversion du droit*, in *Religion, société et politique. Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, Párizs: P.U.F. 1983. 705.

424 oldalas mű – feltehetően s állítólag szándékosan – rettenetesen unalmas és érdektelen.⁴ Kevésbé igaz ez az állítás az ugyanakkor (24 évesen) írt „A köztisztviselők helyzete az 1940-es forradalom óta” (*La situation des fonctionnaires depuis la Révolution de 1940*) című, 178 oldal (!) hosszú tanulmányra, amit a Jèze és Bonnard által szerkesztett *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger* közöl.⁵ Ugyanebben a számban olvashatunk Duverger-től egy Bonnard munkájáról készített recenziót is.

A két részben lehozott dolgozatot tartalmazó *Revue* 1941 októberében megjelenő (valójában 1940-ben készített) júniusi dupla száma a vichyi kormányzat jogászáinak krédójával indul. Nagy szükség van a munkánkra, írja itt a Duverger-mentor Bonnard, mert az „felújítja” az alkotmányos rendszert. Majd így folytatja: Új *Weltanschauung*ra (sic!) van szükség, hiszen a politikai forradalom a nemzeti ideológiák totális felülvizsgálatát igényli. A nagy múltú és tekintélyű folyóirat ezért kiveszi a részét a nemzeti restauráció erőfeszítéseiből ugyanúgy, ahogyan eddig is tette, bármiféle „partizánpolitika” folytatása

4. Nem mindegyik francia könyvtárakban található meg ez az „unalmas” doktori dolgozat, és ez nem feltétlenül a viharos időszak számlájára írandó. (A háború alatt készült doktori dolgozatok, folyóiratok, publikációk nagy része megmaradt a könyvtárakban. Tapasztalataim szerint ahol egy-egy inkriminált Duverger-mű megvolt, ott az olvasók nemtetszésüket vállalhatatlan hangnemű széljegyzetekkel tudatták a későbbi olvasókkal.) Azért lényeges az unalmasságra való utalás, mivel Duverger védekezésében azt sugallta, hogy érdektelen művek közlésével egy idő után már nem lehetett kibújni az igazságtalan jogszabályokra vonatkozó tudományos művek publikálásának „kötelezettsége” alól, vagyis csak egyszer volt „elsüthető” az „ellenállás” azon formája, ami az ő esetében az érdektelen doktori megírása jelentett.

5. A szám – érthető okokból – kicsit késve és két évet egybefogva jelenik meg. Ez azt jelenti, hogy Duverger még fiatalabb volt a tanulmány írásakor. Maurice Duverger: *La situation des fonctionnaires depuis la Révolution de 1940*, *Revue du droit public* (1941). 277–332 és 417–540. A szerző a hosszú tanulmányt ugyanabban az évben, azonos címmel könyv formában is megjelentette.

nélkül. A folyóirat szigorúan a tudomány területén marad, de nem semleges és nem közömbös az igazsággal és a tévedéssel szemben. A jogtudósok munkáját a „bölcshetős”, Pétain tábornagy segíti. Ő, a máshoz nem hasonlítható, „már-már emberfeletti szellemi vezető” megakadályozza, hogy a szerzők tévedjenek, és ő vezeti őket az igazság útján. A Tábornagy már kijelölte a célokat, és meghirdette a pártokhoz nem kötődő politikát. A nemzet helyreállításához (*restauration*) majd egyetlen, nemzeti pártra lesz szükség, de addig is különösen a közjogászoknak kell buzgón és türelmesen együttműködniük. Bonnard az egykori, jelen és a jövő olvasóinak együttműködését ahhoz kéri, hogy a sok bajt okozó vita helyett, most egysült lélekkel teljesítsék azt, amit a Tábornagy kíván.⁶ A krédó után következik a fiatal Duverger 1940. és 1941. évi zsidótörvényekről szóló jogdogmatikai dolgozata. Az 1943-as számban pedig rövid könyvrecenzióban utasítja el Duverger a párizsi jogtudós, Lafériere tézisét, ami szerint július 11-én nem egy új alkotmányos rend felállítása, hanem pusztán hatalomváltás következett be. A hivatkozott szerző most is a doktori munka témavezetője, Roger Bonnard.⁷

A rezsim bukását követően De Gaulle a köztársaság folytonosságára hivatkozva a vichyi kormányzatot jogi értelemben nem létezőnek nyilvánította, s úgy tűnt, hogy ezzel hatályon kívül helyezte a korszak jogirodalmát is. A „vezető” jogtudósok általában a helyükön maradtak. Bonnard a „felszabadulást” már nem érte meg: január 17-én meghalt, s nekrológjait Gaston Jèze, a *Revue* társszerkesztője, és az egykori tanítvány, Maurice Duverger készítette el.⁸ Az ambiciózus, mindig „jókor

6. Vö. Roger Bonnard: *A nos lecteurs, Revue du droit Public* (1940). 141. sk.

7. Maurice Duverger: J. Leférière: *Le nouveau Gouvernement de la France, Revue du droit public* (1943). 367.

8. Jèze megemlékezésében azt olvassuk, hogy Bonnard mesterét, Duguitt-eltúlzott pozitívizmusa miatt kritizálta, hiszen az utóbbi nem fogadta el, hogy a tudományos kutatás tárgyai *a priori*, s nem csak *a pos-*

jó helyen” lévő Duverger hamar túljutott a professzori vizsgán is, s az útja Párizsig vezetett. Bár a baloldallal sem alakult ki harmonikus viszony, a „nagy menetelés” számára nemcsak párizsi állást, hanem országos, majd nemzetközi ismertséget hozott. Emellett közéleti szerepvállalásra is adja a fejét, de igen nehezen tekinthető át az az ív, amit befut. Van időszak, amikor a Szovjetuniót védi, de közben összerúgja a port a francia kommunista párttal. A nyolcvanas évek elején erőteljesen kritizálja a kommunista diktatúrákat s az azt igazoló dogmatikus marxizmust.⁹ Politikai pályájának csúcán, 1989-ben viszont az olasz kommunista párt listájáról kerül be az Európai Parlamentbe.¹⁰

teriori fogalmak lehetnek. Lásd Gaston Jèze: Roger Bonnard, *Revue du droit public* 60 (1944). 2. Duverger nekrológiájában – mint mindenki más, akinek amúgy vállalhatatlan a főnöke egy jogi karon – Bonnard objektivitását és a tudományosságát emeli ki. Lásd Maurice Duverger: L'oeuvre et la doctrine de Roger Bonnard, *Revue du droit public* 60 (1944). 4–15.

9. Duverger a *Les orangers du lac Balaton*, Párizs: Seuil 1980 előszavában szarkasztikus hangnemet megütve emlékezik meg a Rákosi-korszak magyarnarancs-programjáról. (Amiről viszont tudjuk, hogy nem is létezett, még kevésbé a Balaton partján. A kortársak visszaemlékezése szerint Duverger a hetvenes években valóban járt Magyarországon, úgy-hogy ellenőrizhette volna a pletyka igazságalapját.) A könyv egyik fő állítása szerint a kelet-európai rezsimek egyik nagy baja az volt, hogy a tudósok azt gondolták: a marxizmus lehet tudomány. Így dogmává alakították át az eredeti tanokat, és legitimálták ezeket a diktatúrákat olyan országokban – mint például Magyarország (!) – amelyek soha nem is ismerték a demokráciát. Ez a magyar-marxista szál érdekes a Duverger-sztoriban, főleg, ha hozzávesszük, hogy később ugyanezért vádolták meg őt, a vichyi rendszerrel való együttműködésével összefüggésben, hogy ti. a pozitívista ideológia segítségével, dogmatikusan, semleges kommentárja révén hozzájárult a rendszer legitimációjához.

10. A nagy műveken – *Les partis politiques* (1951) a *Droit constitutionnel et institutions politiques* (1951), a több mint húsz kiadást megért *Le système politique français* – Duverger politikai nézetei nem annyira hagynak nyomot.

1.2. A „vádpointok”

A Duverger-ügy összes epizódja politikai botrány volt. Először 1954-ben erre a cikkre hivatkozva próbálja meg egy állítólagos rosszakarója megakadályozni, hogy Duverger elnyerje a párizsi jogi kar katedráját. Ekkor – mint Duverger maga írja – az egykori Kelsen-tanítvány és -fordító, Charles Eisenmann simította el az ügyet. A szélesebb nyilvánosság 1957-ben, majd 1968-ban lehetett tanúja az újabb Duverger-afférnek. Az újságírók által megfogalmazott 1968-as vád szerint a fiatalkori cikk „jóváhagyta a vichyi kormányzat által kiadott faji rendelkezéseket”. A Párizsi Fellebbviteli Bíróság február 28-án hozott ítéletében azonban kimondta, hogy Duverger dolgozata az akkor hatályos faji törvényhozásról szóló tisztán jogi, technikai és kritikai tanulmány, és nem tartalmaz a rendelkezésekre vonatkozó semmiféle állásfoglalást.¹¹ Később, amikor megromlott Duverger viszonya a francia kommunista párttal, a *l'Humanité* szedte elő a fiatalkori tanulmányt. A „vádlott” mindkét ügygel összefüggésben megjegyzi egyébként, hogy az újságírók kiragadott és eltorzított idézetekkel dolgoztak, és nem foglalkoztak a tanulmány egészével.¹²

Az 1988-es Actuel-ítélet Duverger-nek adott igazat, amikor a fiatalkori írását idéző, s őt kollaborációval vádoló újságokat megbüntette, és nem vagyoni kártérítés megfizetésére kötelezte. A bíróság a következőket mondta ki:

„Pusztán az a tény, hogy valaki olyan szöveget közöl, amely az erkölcselen törvényt nem kritizálja nyíltan, nem elégséges ahhoz, hogy a szerzőjét egy ilyen törvény iránti elfogultsággal (*complaisance*) jellemezzük.”¹³

11. Idézi Duverger: *La perversion du droit*. 711.

12. *Uo.* 711. sk.

13. Idézi Lochak: *Écrire, se taire... Réflexions sur l'attitude de la doctrine française*. 439.

Az ítélet így indokolja a döntést:

„Lehet, hogy sokkoló az egyéneket származásuk vagy vallásuk miatt jogaiktól megfosztó (törvény)szöveg tisztán technikai kommentárja. De talán belátható, hogy egy kutatás, amit egy olyan jogász (készít), aki országának politikai helyzete miatt akadályozott abban, hogy a törvény túl nyilvánvaló kritikáját közölje, burkolt formában olyan értelmezést javasol, amivel a törvény áldozatainak segítségére van, s amely amennyire csak lehet, az alkalmazási kört szűkíti.”¹⁴

Érdekes adalék, hogy e perben már csak Vedel áll Duverger mellé, és ő is csak annyit mond (sejtelmesen), hogy Duverger „lelkiismeretes munkát” végzett.¹⁵ A később Lochak által publikált vádnak legalább három célpontja van: Duverger és társai, akik a vichyi rendszerben hallgatás helyett kommentálták az antiszemita törvényeket; az 1988-as bírósági ítélet; s a jogi pozitivizmus doktrínája.

Lochak szerint Duverger értelmezése általában nem szűkítette, hanem tágította az alkalmazási kört. Ahol szűkítette, ott viszont hosszú távon erősítette a rendszer legitimitását azzal, hogy elfogadhatóvá tette a faji törvényeket. Az 1988-as ítélet rossz. S mindez valójában nem Duverger hibája, hanem a jogi pozitivizmusé. Ennek nevében járultak hozzá Duverger és társai az amúgyis vitatható módon hatalomra került kollaboráns rezsim legitimációjához. Az erkölcsileg elfogadható álláspont az lett volna, ha hallgatnak, vagy más formában állnak ellen.

14. Uo.

15. Uo. 438.

1.3. A „bizonyítékok”

A „vádak” szemszögéből nézve kardinális jelentőségű kérdés, hogy van-e olyan értelmezése a vichyi rendszer kialakulásának, amelynek alapján azt mondhatnánk, hogy az legális volt. Csak oly módon vethető fel ugyanis az akkor munkálkodó jogászok erkölcsi felelőssége, ha azokkal az alkotmányos szabályokkal és eszményekkel szembesítjük őket, amelyek szövegeik kontextusát alkották. Nem mindegy ugyanis, hogy egy jogtudós államcsínyt vagy egy alkotmányos reformot „támogat”. A vádak másfelől nem lehetnek anakronisztikusak: senki sem kérheti számon a jogállami kritériumok tiszteletben tartását Duverger-n, amelyeket Franciaország gyakorlatilag 1971-ig nem is igen ismert.¹⁶ Mielőtt megvizsgálánánk Duverger írását, ismerkedjünk meg szövegének politikai-jogi kontextusával.

A) Duverger tanulmányának kontextusa

Vichy 1940-ig leginkább arról a gyógyfürdőjéről volt híres, amit rendszerint a gyarmatokról hazatérő hátfájós funkcionáriusok vettek igénybe. A II. világháború idején senki sem gondolta, hogy e kis városka helyettesíthetné Párizst. Ám a szükség törvényt bont: a német csapatok viszont nem foglalták el. Ide érkezett a verduni csatában szerzett érdemei miatt korábban nemzeti hősként tisztelt Pétain tábornagy 1940-ben, és innen számítjuk a vichyi korszakot is. Nos, itt született meg a „Francia Állam”.¹⁷

A történeti tények a következők. 1940 május-júniusában a franciák vereséget szenvedtek, és az ország mintegy háromnegyed-egynegyed arányban két részre, a megszállt északi és a „szabad” déli zónára szakadt. Június 10-én a kormány el-

16. Dominique Gros: Peut-on parler d'un „droit antisemite”?, in „Le droit antisemite de Vichy”. *Le genre humaine*. (1996). 13–44, ktl. 20–22.

17. Vö. Didier Maus: Vichy, in Olivier Duhamel – Yves Mény (szerk.): *Dictionnaire constitutionnel*, Párizs: P.U.F. 1992. 1069–1071, 1069.

hagyta Párizst. Paul Reynaud, a Tanács (*Conseil*)¹⁸ elnöke az elnökhelyettest, Pétain tábornagyot bízta meg, aki mindenekelőtt békét kívánt kötni. Június 17-én már a Pétain vezette új kormány hirdette ki, hogy véget kell vetni a harcoknak. Pétain üzenetében a fegyverszünet másodlagos kérdésként jelent meg. A tábornagy inkább egy békekonferenciát vizionált, ahol a legjobb feltételeket kívánta kialakítani. A Pétain-pártiak úgy gondolták, hogy a fegyverszünet kellő autonómiát kínál számukra az alapvető alkotmányos reformok véghezviteléhez. Éváltozások s a zsidótörvények célja is az volt, hogy Pétain elismertesse és megerősítse saját hatalmát. Ez azonban nem sikerült. 1942-től német nyomásra diarchiát alakítottak ki, ahol Pétainnek a már teljesen nyíltan nácibarát politikussal, Lavalal kellett megosztania hatalmát.¹⁹

A Duverger-tanulmány tárgyát képező faji törvények 1940-ben és 1941-ben születtek meg; pontosan abban a korszakban, amelyet egyes jogtörténészek az „első Vichy”-nek neveznek, elválasztva az 1942–1944 közötti, a náciknak behódoló Pétain–Leval „diarchiától”. Addig a Pétain-féle rezsim egy autoriter, de független állam volt. Ám, pontosan a zsidótörvények miatt, Paxton történész által felállított tétel értelmében az 1941–1944-es időszakot inkább egybetartozónak kellene tekinteni.²⁰ Ez a kérdés akár irreleváns is lehetne a gondolatmenetünkben, kivéve azt az egyáltalán nem mellékes körülményt, hogy Duverger tanulmánya is a *Revue* 1940–1941-es számában jelent meg, s hogy történetesen az antiszemita törvényhozást kommentálta. A „francia állam” (*l'Etat français*)

18. Ez a III. Köztársaság által felállított intézmény, amely nem ugyanaz, mint az Államtanács (*Conseil d'État*).

19. Vö. Vichy (régime de), in Pierre Milza – Serge Berstein: *Dictionnaire historique des fascismes et du nazisme*, Párizs: Complexe 1992. 678. sk.

20. Vö. Fabre: *Le conseil d'État et Vichy*. Introduction, 19–48.; Michel R. Marrus – Robert O. Paxton: *Vichy et les Juifs*, ford. M. Delmotte, Párizs: Calman-Lévy 1981.

és a „nemzeti forradalom” (*Révolution nationale*) időszaka nem volt hosszú: 1940 nyarán kezdődött és legkésőbb négy év múlva, nyár végén már véget is ért. Az első kérdés először is az, hogy a vichyi rendszer legális volt-e, a második pedig az, hogy ha volt egyáltalán, legitimitációja honnan ered.

a) A legalitás kérdése

Önmagában is kérdéses, hogy a „szabad zóna”, vagyis a németek által el nem foglalt egynegyede „államnak” tekinthető-e. Van, aki „bábállamról” (*l'Etat croupion*) és az „együttműködés időszakáról” (*période de la collaboration*) szól.²¹ A szakirodalomban mégis többen tekintik önálló államalakulatnak a vichyi kormányzatot. Ha nem lett volna az, a megszállók – a hágai egyezmény szabályai szerint – nem is alkothattak volna törvényeket, ezért azok nyilvánvalóan illegálisak lettek volna.

A korszak alkotmányjogászai a „francia állam” terminust azért vezették be, hogy ezzel is hangsúlyozzák: a tárgyalt korszakban nem köztársasági államformában éltek a franciák.²² A ma használatban lévő alkotmányjogi tankönyvek szerzői bizonytalanoknak tűnnek abban, hogy mi az államformája a „francia államnak”.²³ Csak retrospektív módon zárható ki teljesen,

21. Pl. Dominique Chagnollaude: *Histoire constitutionnelle et politique de la France (1789–1958)*, Párizs: Dalloz 2002. 289. skk.

22. A „köztársaság” kifejezést a tárgyalt korszakban mindenesetre – Prélot szerint – cenzúrázták. Vö. Marcel Prélot: *La révision et les actes constitutionnels*, in *Le gouvernement de Vichy: 1940–1942. Institutions et politique*, Párizs: Armand Colin / Fondation Nationale des Sciences Sociales et Politiques 1972. 35., 29.

23. Duverger „hatalomkoncentráció révén megvalósuló diktatúrának” nevezi a rezsimet. Lásd Maurice Duverger: *Elements de droit public*. Párizs: P.U.F. 1957. 63. Az újabb irodalomban Leclercq szintén a „diktatúra” kifejezést használja először, de utána – Bonnard-ra hivatkozva – azt írja, hogy inkább autokratikus államról van szó. Vö. pl. Claude Leclercq: *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 10. kiad. Párizs: Economica 1999. 360–362, 360. Szintén diktatúrának – még hozzá nacionalista és tradicionalista inspirációjú személyi hatalomnak – nevezi Milza és Bernstein az 1940–1942-es időszakot, amit azután a fasiszta

hogy köztársaság lett volna. A rezsimet 1944. augusztus 9-én, már egy De Gaulle által szignált rendelet tette jogon kívülé. Annak 1. cikke kimondta, hogy „Franciaország államformája továbbra is köztársaság, amely jogi értelemben nem szűnt meg létezni”, és minden, 1940. június 16. vagyis a fegyverszünet megkötése utáni jogszabály illegitim. Ebből az következik, hogy a vichyi kormányzat nem volt köztársaság.

Az érvelés kedvéért fogadjuk el – amit a korszak jogtudósai is állítottak –, hogy egy tekintélyelvű államról (*l'État autoritaire*) van ebben az esetben szó, ahol

„Pétain hatalma kizárólagosan transzcendens. (...) Ereje és tekintélye nem a nemzetgyűlés felhatalmazása alapján és nem a nemzet akaratának kifejeződéséből fakad. Akarata saját erejét, tekintélyét és legitimitációját a saját értékéből vezeti le.”²⁴

rendszer váltott fel 1942–1944 között. Az ugyancsak az ő tollukból származó „Vichy (régime de)” lexikonszócikkben viszont már azt olvashatjuk, hogy tekintélyelvű rendszerről volt szó. Vö. Pierre Milza – Serge Berstein: *Dictionnaire historique des fascismes et du nazisme*. 28., 681. A Chantebout-féle tankönyv a tekintélyelvű rendszerek (*régime autoritaire*) közé sorolja Pétain kormányzatát, ám utána ott is a „diktatúra” kifejezéssel találkozunk. Vö. Bernard Chantebout: *Droit constitutionnel* 24. kiad. Párizs: Dalloz 2007. 272. A „tekintélyelvű rendszer” kifejezést használja még Bertrand Mathieu – Michel Verpeux: *Droit constitutionnel*, Párizs: P.U.F. 2004. 136. Akad, aki csak egyszerűen „vichyi kormányzatról” beszél, rögvest hozzátéve, hogy ezzel párhuzamosan létezett a De Gaulle-féle kormányzat is (*gouvernement*). Vö. Frédéric Rouvillois: *Droit constitutionnel. 1. Fondements et pratiques*, 2. kiad., Párizs: Flammarion 2005. 280 skk. Troper és Hamon úgy oldja meg – vagy inkább kerüli el – a problémát, hogy kijelentik: ebben az időszakban nem volt alkotmányos kormányzat. Francis Hamon – Michel Troper: *Droit constitutionnel*, 30. kiad. Párizs: L.G.D.J. 2007. 415. Mathieu és Verpeux is az „alkotmánytörténet zárójeleiként” említi Vichyt (Pétain, Laval) és Londont (De Gaulle). Lásd Mathieu – Verpeux: *Droit constitutionnel*. 131.

²⁴ Prélot-tól veszi az idézetet Leclercq: *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 361.

Bonnard, akitől ezek a sorok származnak, úgy látta, hogy az új államforma az autokrácia (*autocratie*), amely a „tekintélyelvű állam szellemiségének” (*dans l'Esprit de l'État autoritaire*) megfelelően elutasítja a hatalmi ágak elválasztását.²⁵

Vajon legális volt-e a „francia állam”? Ennek tisztázása végett Mathieu és Verpeux az alkotmányosság mércéjét alkalmazzák előbb a hatalomátvitelre, majd a hatalomgyakorlásra.²⁶ A hatalomátvitel esetében előbb a hatalom megszerzését, majd az alkotmányreformok alkotmányosságát kell megvizsgálni.

Az 1940. június 16. és július 10. közötti időszakban, amikor Pétain átvette a hatalmat, úgy tűnhet, minden a törvényességnek megfelelően zajlott. A legalitást viszont gyengítette, hogy a hatalomátvitel célja a „nemzeti forradalom” kibontakoztatása volt, ami pedig a fennálló alkotmány hatályon kívül helyezésének szándékát is magában foglalta. Ezzel azonban nem feltétlenül voltak tisztában azok a képviselők, akiket azért hívtak össze, hogy megszavazzák Pétain alkotmányozó hatalommal való felruházását. Ők, lehet, hogy nemzeti forradalmat nem, mindössze a „verduni győzőt” szerették volna hatalomra juttatni.

De ez sem biztos. Mint említettük, a fegyverszünetet ellenző Reynaud, a Tanács elnöke lemondott. Vele szemben a kormánytöbbség a fegyverszünetet támogatta. Lebrun, a köztársasági elnök felkérte Pétain tábornagyot, hogy alakítson kormányt. A fegyverszünet június 24–25-én lépett életbe, a július 8-i rendelet pedig áthelyezte Vichybe a központi kormányzat intézményeit. Egy újabb rendelettel 1940. július 6-ára összehívták a Nemzetgyűlés mindkét kamaráját. A kormányzat teljes alkotmánymódosítást (*révision totale*) javasolt, amit mind-

25. Uo. René Gillouin, Pétain tábornagy beszédeinek szerzője szerint is „az új állam nemzeti, tekintélyelvű (*autoritaire*), hierarchikus és társadalmi”. Idézi Maus: Vichy, in Duhamel – Mény (szerk.): *Dictionnaire constitutionnel*. 1070.

26. Mathieu – Verpeux: *Droit constitutionnel*. 132 skk.

két kamara igen nagy többséggel elfogadott. A Nemzetgyűlés az 1875. február 25-i alkotmányos törvény 8. cikkelyének megfelelően megszavazta – újra csak igen nagy többséggel – az alkotmánymódosítást. Ennek szövege a következőképpen szól:

„A Nemzetgyűlés minden hatalmat a Köztársaság kormányára ruház át Pétain tábornagy tekintélye és aláírása mellett, amely révén egy vagy több törvényben kihirdeti a Francia Állam új alkotmányát. Ennek az alkotmánynak biztosítani kell a Munka, a Család és a Haza jogait. Az alkotmányt a nemzet ratifikálja és az alkotmány alapján létrejövő gyűlések alkalmazzák.”²⁷

Az alkotmányos törvényt a köztársasági elnök kihirdette, és a Tanács elnöke ellenjegyezte. Az alkotmánymódosítás – a francia alkotmányjogi dogmatika értelemben – legális volt. Mert igaz ugyan, írja Mathieu és Verpeux, hogy az alkotmánymódosítás hatalmával felruházott szerv nem delegálhatja a hatalmát, arra viszont joga van, hogy megváltoztassa a módosításra vonatkozó szabályt, így egyúttal tiszteletben tarthatta a 8. cikkely előírását is.²⁸ Troper és Hamon az alkotmányos mechanizmust egy kicsit másképpen írja le, de a konklúzió ugyanaz. A fő szabály szerint egy szerv csak azt a hatalmat delegálhatja másra, amellyel maga is rendelkezik. Az alkotmányos dogmatika szerint viszont az alkotmányozó hatalom nem delegálható. De az alkotmányozó hatalom, amely bármit megtehet, megváltoztathatja az alkotmánymódosítás szabályait is. Ugyanúgy, ahogyan a Nemzetgyűlés hozzányúlhat a törvényhozóra vonatkozó szabályokhoz is, az alkotmányozó hatalom megteheti akár azt is, hogy magára az alkotmányozó hatalomra vonatkozó szabályokat változtassa meg.

1789-ben a forradalmárok különbséget tettek az „alkotmányozó hatalom” és az „alkotmányozó hatalom által az alkotmánymódosítás hatalmával felruházott szerv” között. Az al-

27. Idézet forrása: *uo.* 133.

28. *Uo.*

kotmányozó hatalom a forradalmi – a jogon kívüli állapotban lévő – nép. Ezt a konstrukciót azonban nem akarták alkalmazni 1940 júliusában, hiszen Pétain nem a francia forradalom örököseként kívánt hatalomra kerülni. Troper és Hamon azt állítja, hogy nem a hatalom delegálása történt ebben az esetben, hanem az, hogy az alkotmányozó hatalom egy új alkotmányozó hatalmat, a Vezért, vagyis Pétain tábornagyot „hozta létre”, azaz ráruházta az alkotmányozó hatalmat. Ehhez persze módosítani kellett az alkotmánymódosításra vonatkozó szabályt, de hát erre joguk is volt, hiszen az alkotmányozó hatalma – szemben az egykori forradalmi konstrukcióval – kiterjed a módosítására is. Ugyanezt az eljárást hozták játékba a franciák az 1958-as alkotmánymódosítás során, amikor először az 1946-os alkotmány 90. szakaszában meghatározott alkotmánymódosítási eljárást változtatták meg, majd átruházták az alkotmányozó hatalmat De Gaulle-ra. Ami Vichyben történt, csak retrospektíve, az 1958-as Alkotmány 89. szakasz (4) bekezdése felől vizsgálva illegális, állítja Hamon és Troper, amely megtilt minden területi integritást veszélyeztető alkotmánymódosítást.²⁹

A hatalomgyakorlás alkotmányosságával összefüggésben a fegyverszünet, a köztársasági államforma „megváltoztatása” és az előbb említett az 1940. évi alkotmányos törvények alkotmányosságáról kell szólni.

A fegyverszünet megkötésének alkotmányosságát illetően – miként az ellenállást vezető De Gaulle érvelt, és állítólag Duverger maga is ezt tanította a diákjainak³⁰ – 1940-ben mindössze egyetlen rendelkezés, az 1793-as alkotmány 121. szakasza jöhetett szóba. Az említett jogszabály megtiltotta a békekötést az ország területét elfoglaló ellenséggel. A probléma az, hogy nehezen lehet eldönteni, vajon ez a rendelkezés 1940-ben a hatályos francia jogrend része volt-e. Az viszont biztos, hogy amennyiben a doktrína úgy kezelte volna, mint a francia alkot-

29. Vö. Hamon – Troper: *Droit constitutionnel*. 416–418.

30. Vö. Duverger: *La perversion du droit*. 706.

mányjog alapvető elvét, lehetett volna relevanciája még ennek a rendelkezésnek is.

A francia alkotmányjogászok többségének álláspontja szerint az 1940-es „alkotmányreform” közvetlenül a republikánus államforma megváltoztatásának tilalmát sem érintette, amit az 1875. február 25-i alkotmányos törvényt módosító 1884. augusztus 14-i törvény 2. bekezdése vezetett be az alkotmányos rendbe. A „francia állam” kifejezés ugyanis nem megváltoztatva, csak helyettesítette a „francia köztársaság” kifejezést. Amikor Pétain már mint államfő (alkotmányozó hatalom) az 1940. július 11-i alkotmányos törvénnyel hatályon kívül helyezte a köztársasági elnök megválasztásának szabályait, ezzel sem a köztársaságot, hanem „csak” egy funkciót helyezett hatályon kívül. Ettől az államforma még maradhatott köztársaság (pontosabban: választott köztársasági elnök nélküli köztársaság). Sőt, a tábornagy által alkotott 1943-as alkotmánytervezet 14. cikkelye implicit módon elismeri, hogy ez a helyzet, hiszen kimondja, hogy „az államfő a köztársaság elnöke címet viseli.”

Az alkotmányozó hatalom átruházásának köszönhetően Pétain számtalan rendelkezést hozott, ezek közül tizenkét alkotmányos erejű törvény (*actes constitutionnels*).³¹ Ezután egy súlyos, és a jogászok által ismert hibát viszont mindenképpen elkövetett Pétain. Nevezetesen azt, hogy a nemzet nem ratifikálta az alkotmányreformot, s nem álltak fel az új intézmények sem. A ratifikáció elmaradása miatt az összes Pétain tábornagy által meghozott aktus alkotmányossága megkérdőjelezhető, s úgy lehet őket kezelni, mint egyszerű, a hatályos alkotmányba ütköző közigazgatási rendelkezéseket.

Viszont a III. Köztársaság államberendezkedésének sajátosságai miatt nem volt olyan szerv, ami ezeknek az alkotmányellenességet kimondhatta volna. S amennyiben Hamon és Troper logikáját követjük, és elfogadjuk, hogy nem delegációról, hanem új alkotmányozó hatalom instituálásáról van

31. Ezeket lásd *Le gouvernement de Vichy: 1940–1942. Annexe 1, 313–318.*

szó, akkor a helyzet más, hiszen ilyen esetben a korlátozhatatlan alkotmányozó hatalom akár azokat a feltételeket – vagyis a nép általi ratifikáció követelményét – is felülírhatja, amelyek révén hatalomra került. S az is igaz, hogy ezek a feltételek abban a történeti helyzetben lehetetlenek voltak. Ugyan semmi nem zárta volna ki, hogy Pétain megtartsa a III. Köztársaság politikai intézményi közül legalább a gyűléseket, hiszen ebben a tudatban szavazták meg az alkotmánymódosítást a képviselők is. De Pétain ezt nem tette, mert a „francia állam” ilyen értelemben viszont szakítani kívánt a III. Köztársasággal. A Nemzeti tanács (*Conseil national*), amely végül – legalábbis papíron – felállt, nem választáson alapult, kinevezésen, s nem is ülésezett együtt, csak bizottságok formájában.³²

Materiális értelemben viszont az alkotmánymódosítás igenis érintette a köztársasági államformát. Ha az államforma megváltoztatására vonatkozó 1884-es rendelkezést nem pusztán úgy értelmezzük, hogy az csak a monarchia visszaállítását tiltja meg, hanem úgy, mint a köztársasági elvek tiszteletben tartásának követelményét, akkor nyilvánvaló, hogy a Pétain-rendszer ezt a kritériumot figyelmen kívül hagyta. Nemcsak az egyenlőség elve sérült súlyosan, hanem a parlamentáris intézményrendszer és a hatalommegosztás elve is. Az *Emberi és Polgári Jogok Nyilatkozatának* 16. szakasza értelmében Pétain alatt nem volt alkotmánya Franciaországnak, s a tisztségekhez való egyenlő hozzáférés jogát garantáló szakasz ugyancsak sérült.

Igen ám, de az akkori doktrína a Carré de Malberg által kidolgozott „törvényes állam” (*l'État legal*) koncepciójának hatása alatt állt, s nem vallotta magáénak a materiális értelemben vett „jogállam” (*l'État de droit*) eszméjét. A Nyilatkozat 16. cikkelyének értelmezése még ma is viták tárgyát képezi. Továbbá a Nyilatkozatban felsorolt jogokat a doktrína megvalósítandó politikai programpontoknak tekintette, s ilyen ér-

32. Lásd erről részletesen Duverger: *Elements de droit public*. 64. sk.

telemben a Nyilatkozat nem is jogszabály. (A Nyilatkozat alkotmányos tömbbe való belehelyezésére csak jóval később, az 1971-es alkotmánytanácsi döntés révén került sor.) Az egyenlő tisztségviselés jogát pedig már a III. Köztársaságban sem vették „komolyan”, hiszen a frissen állampolgárságot szerzettek és a nők számtalan tisztséget nem tölthettek be. A hatalomátadás feltételeinek elmaradását legfeljebb a különleges helyzet igazolja. Ám ebből csak az következik, hogy Pétain ténylegesen hatalmat gyakorolt. A ténylegességből azonban nem következik, hogy a kormányzata legitim volt. Ezért volt szükség a „nemzeti forradalom” terminus meghonosítására, hiszen ez adhatott többletlegitimációt a Pétain által alkotott alkotmányos rendelkezéseknek.

b) A legitimitás problémája

A szerzők túlnyomó többségének álláspontja szerint a vichyi rendszer, legalábbis ami a hatalom megszerzését illeti, legális volt. Innen adódik az a szokásos szembeállítás, amely szerint ebben az időszakban két kormányzat alatt éltek a franciák. Az egyiket Pétain (később, 1942-től Pétain és Laval), a másikat De Gaulle vezette, s míg az előbbi legális volt, de nem volt legitim, az utóbbi legitim volt, de nem volt legális. A vichyi kormányzat nem volt legitim, mert nem élvezte a társadalom többségének a támogatását, a De Gaulle-kormányzat pedig nem volt legális, mivel nem volt olyan jogi norma, amely megalapozta volna hatáskörét.³³ Ez a didaktikus felosztás nem túl meggyőző. Inkább két, egymást kölcsönösen megkérdőjelező, versengő legitimációjú kormányzatról kell beszélnünk.

De Gaulle az ellenállás meghirdetésétől kezdve úgy tartotta, hogy Pétain államcsínyt követett el, és hatalombitorló. 1944-es rendeletei szinte teljes mértékben hatályon kívül helyezték a vichyi kormányzat jogrendjét, és ugyanezek a rende-

33. Vö. Hamon – Troper: *Droit constitutionnel*. 415. Hamon és Troper szerint ez az állítás politikai vagy morálfilozófiai értelemben helytálló, alkotmányjogi értelemben viszont nem.

letek nevezték „bitorlónak” (*usurpateur*) a rendszert, elutasítva ezzel azt is, hogy az legitim lett volna. De Gaulle később viszszamenőleges hatállyal különbséget tett olyan aktusok között, amelyek abszolút semmisek, vagyis olyanok, mintha sohasem léteztek volna (ilyen az 1940. július 10-i alkotmányos törvény és minden más jogszabály, amely a rendszer ideológiáját fejezi ki), illetve olyanok között, amelyek semmissége relatív, azaz csak a jövőre vonatkozóan semmisek (pontosabban a hatályon kívül helyező rendelet hatálybalépéséig érvényesek), s végül olyan közigazgatási, s más aktusok között, amelyek átmeneitileg hatályban maradnak, mivel nem tartoznak az előző két csoport egyikébe sem. Utóbbiak a jogrendszer részét képezik továbbra is, de bármikor hatályon kívül lehet helyezni ezeket. (Ez azért lényeges, mert a francia jogrendben nincsen *a posteriori* normakontroll.) Tekintve az utóbbiak számát, Burdeau szerint a „bitorlási” tétel nem meggyőző.³⁴

Minket azonban az foglalkoztat leginkább, hogy az „első Vichy” idején tevékenykedő jogászok tekinthették-e legitimnek a rendszert. A rendszer legitimitásának vége viszonylag pontosan kijelölhető: a 11. számú, a megszálló hatalom által kikényszerített alkotmányos törvény meghozatalától (vagyis 1942. április 18-tól kezdve) az önálló államiság, s ezzel együtt a francia rendszer legitimitációja megszűnt. (Ez a törvény állította fel a diarchiát Pétain és a nácibarát Laval között.) Az elméleti problémát a rendszer születése, a forradalmi legitimitáció veti fel.

A „nemzeti forradalom” sajátos – a fentiek értelmében és csak a hatalomátvételre vonatkoztatva: „vér nélküli” és „alkotmányos” – konstrukció. Bonnard szociológiai értelemben írja le úgy a politikai forradalmat, mint „hirtelen, gyors és egy ország politikai intézményeit érintő változás”.³⁵ A „forradalom”

34. Vö. Georges Bourdeau: *Traité de science politique*, 3. kiad. Párizs: L.G.D.J. 1983. 150. sk.

35. Roger Bonnard: Les Actes constitutionnels de 1940, *Revue de Droit Public* (1942). 51.

a francia alkotmányjogi dogmatikában voltaképpen az alkotmánymódosítás egy igen speciális formája, ahol a módosításra vonatkozó szabályokat nem tartják tiszteletben. A „francia állam” terminussal Pétain – miként korábban megpróbáltuk bemutatni – valójában fel kívánta ölelni az egész francia történelmet, vagyis a francia forradalom előtti időszakot is. Egyesek szerint a „nemzeti forradalom” az „ellenforradalom” szinonimája. Ez az állítás a „francia állam” integratív jellege miatt nem igaz: a Vezér személyesíti meg a „francia állam” egységét, de ennek az állam identitását nem a forradalomellenesség, hanem mindenféle megosztottsággal való szembenállás jellemzi. A rend célja az volt, hogy helyreállítsa a régi francia értékeket, együttélési kereteket (család, korporációk), elitet (nemesség), munkamódszereket (földmunkák és építőipar). A rendszer nemcsak a katonai vereség okának tekintett III. Köztársaságtól kívánt megszabadulni, hanem visszament egészen az 1789-es forradalomig, sőt még tovább, túl az *ancien régime*-en, s még ezen túl is, egészen odáig, amikor Franciaország megszületett. Ebbe természetesen „belefért” a forradalomellenesség is – ezért nevezhette az *Action française* miatt híressé-hírhedtté vált Maurras az új rendszert „isteni meglepetésnek”³⁶ – de a „restauratív” forradalmi legitimációnak nem ez volt az egyetlen jellemző jegye. Maurras pedig nemcsak Pétainnek, hanem egykori alárendeltjének, De Gaulle-nak is kedvenc szerzője volt.

Az „első Vichy”-t (1940–1942) egyesek nem tartják fasiszta rendszernek. A „nemzeti forradalom” nem volt import, bár a náci jog iránti érdeklődés igen erős volt. A német taktika arra irányult, hogy a fegyverszünetben meghatározott demarkációs vonallal a két – a megszállt és az „együttműködő”, de szabad – Franciaországot egymás ellen fordítsák, s így ériék el, hogy a Pétain-rezsim is egyre erősebb, „fasizálódott” tömegtámogatással bírjon. Ehhez azt kellett elérni, hogy a déli részen ne csak

36. Pierre Milza: *Fascisme français. Passé et présent*, Párizs: Flammarion 1987. 226. sk.

együttműködés legyen, hanem náci csoportok is kifejthessék a tevékenységüket. Mindez a törekvés nem volt túl sikeres 1942-ig. Egy markáns francia fasiszmusnak nem is igen voltak meg a történeti feltételei. Nem állt vesztes háború az ország mögött. Az alapvetően mezőgazdaságból élő Dél-Franciaország természeti adottságai miatt nem lehet jó terep az erőltetett iparosítást célul tűző fasiszta rend számára. A „nemzeti forradalom” a múlt felé tekintett, a fasiszta és a náci ideológia „futurista”, azaz a jövőt kívánja építeni; új rendet akar kialakítani az iparosodástól elgyötört társadalom romjain. A „nemzeti forradalom” viszont restaurációt és renovációt (ti. megújulást) ígérve a múltba tekintett.

A forradalmi legitimáció tanulmányozásakor leginkább a „nemzeti” jelző keltheti fel a figyelmünket: a Pétain-rezsimet nem a „nép”, hanem a „nemzet” nevében hirdetett forradalom legitimálja. A két fogalom viszonya a francia alkotmányos dogmatikában sohasem volt tisztázott. Az viszont nyilvánvaló, hogy a rezsim nem a jogi-politikai nemzet-fogalmat tette magáévá: a francia állampolgárságnál valamivel „több” kellett a nemzethez-tartozás elismeréséhez. S a nemzet pedig az egyénnel szemben prioritást élvezett. Valami ilyesmit tükröz Bonnard nacionalizmus-meghatározása, amely szerint az egyéni cselekvésnek társadalmi funkciót kell ellátnia.³⁷ Egyesek szerint a rendszer az *Action française* és a perszonalizmus filozófiáját vette át: Ám a két irányzat már a húszas években elvált egymástól, amikor a Vatikán kiközösítette az előbbi irányzat vezetőjét, Maurras-t, és később, a legjelentősebb perszonalista gondolkodók közül sokan, például Maritain, de Gaulle oldalára álltak.³⁸ A III. Köztársaságot jellemző Carré de Malbergi legalizmus, a Carl Schmitthez közel álló „személyes rend”

37. Rémond-ot idézi Milza *uo.* 227.

38. Charles Debbasch és mások: *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4. kiad. Párizs: Economica 2001. 454–456, 455.

institucionalista jogfilozófia,³⁹ a félreértett neotomista tanítás együttesen inspirációja lehetett a vichyi rendszert alátámasztó ezoterikus ideológiának.

De még ha egymást is erősítő szellemi forrásokról is lenne szó, a nacionalizmusból nem következik szükségszerűen az antiszemita törvényhozás. A III. Köztársaság közéletében is jelen volt az antiszemitizmus, de nem általános jelenségként.⁴⁰ A francia antiszemitizmus sajátossága az, hogy jogászkonstrukció volt.⁴¹ A lappangó antiszemitizmus tört be a jogi karokra, s legelkötelezettebb az egyetemi jogászság lett annak ellenére, hogy a háború előtti jogirodalomban alig van nyoma a faji megkülönböztetésnek.

Az 1940. évi zsidótörvényt egy kevésbé ismert alkotmányjogász, az 1941. évit viszont maga Joseph-Barthélemy igazságügy-miniszter (*Garde des Sceaux*) és helyettese készítette el.⁴² De nem minden jogász állt mellé. Volt olyan civilista, aki úgy tiltakozott a zsidótörvények ellen, hogy kijelentette, az új tör-

39. A *Les trois types de pensée juridique* (Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens (1934)) Párizs: P.U.F. 1995. műben, mint ismert, Schmitt a normativista, a decizionista és az institucionalista felfogásokat veti össze. Ám Beaud – vö. Olivier Beaud: Carl Schmitt ou le juriste engagé, in Carl Schmitt: *Théorie de la constitution*, Párizs: L.G.D.J. 1993. 5–113 – álláspontja szerint az institucionalizmus (vagy *Ordnung*-gondolkodásmód) mindössze korrekciója a decizionizmusnak. Ezt annak ellenére állítja Beaud, hogy Schmitt saját szellemi fejlődésére úgy tekintett, mint a hobbes-i decizionizmustól a Hauriou-féle konkrét rend vagy intézmény elmélete közötti ívre (uo. 25.). Hauriou és Duguit viszont nem a német jog- vagy államelmélethez, hanem a III. Köztársaság intézményes berendezkedéséhez és a francia szociológiai tradícióhoz kötődik. Közvetlenül egyik sem felelős sem a náci Schmittért, sem pedig vichyi kormányzat bűneiért. Másfelől viszont az is igaz, hogy Duguit tanítványa volt Bonnard, Bonnard-é pedig Duverger...

40. Vö. Philippe Fabre: *Le conseil d'État et Vichy: le contentieux de l'antisémitisme*, Párizs: Publications de la Sorbonne, Introduction, 76–82.

41. Gros: Peut-on parler d'un „droit antisemite”? 18.

42. Uo. 17.

vények a közjogászokat érintik, ezért ő nem hajlandó ezeket megtárgyalni. Marc Bloch, René Cassin, René Capitant, Léo Hamon ugyancsak nem volt hajlandó együttműködni az új rendszerrel, még kommentárt sem írtak, hanem inkább az ellenálláshoz csatlakoztak. Más jogászok együttműködése azonban sajátos, „semleges” formát öltött. A párizsi jogi kar például kijelentette, hogy sem pro, sem kontra nem hajlandó ítéletet mondani a kormányzat által meghozott törvények felett.⁴³ A kar akkori dékánja, az államtitkári posztot betöltő Georges Ripert egy német jogrendről szóló gyűjtemény bevezetőjében leszögezi: „a jogtudomány emberét nem foglalkoztathatják tanulmányainak gyakorlati következményei.”⁴⁴ André Broc a „Zsidóminőség. Egy új jogi fogalom” (*La qualité de Juif. Une notion juridique nouvelle*) című, a párizsi jogi karon megvédett doktori dolgozatában ugyancsak kiemeli, hogy „minden más megfontolást kizárva csak a tiszta jogtechnikához kötődünk.”⁴⁵

1940 és 1941 között 109 zsidóellenes törvény és rendeletet tesz közzé a *Journal officiel*, ami a teljes jogalkotás 65 százalékát jelentette. A közigazgatás igen hatékonyan működött, s a *Commissaire générale aux questions juives* (Zsidókérdések Általános Bizottsága) joggyakorlata csak a jéghegy csúcsát jelentette. Mindehhez kellett a törvényeket készítő és kommentáló, nagy „szakmai” felkészültséggel rendelkező jogtechnikus-jogászok. Ők pedig alighanem tudatában voltak annak, hogy jogalkotó, rendszerező, elemző, értelmező stb. munkájuk révén egy új jogág, az antiszemita jogtudomány születik meg. A faji törvények szabályai azzal, hogy a származást részben faji, részben vallási kritériumokkal azonosították,

43. Claude Singer: *Vichy, l'Université et les Juifs. Les silences et la mémoire*, Párizs: Les Belles Lettres 1992. 178.

44. Fabre: *Le conseil d'État et Vichy: le contentieux de l'antisémitisme*. 65. Egyes visszaemlékezések szerint Ripert nem volt antiszemita, s a faji törvényeket brutálisnak és igazságtalannak tartotta.

45. André Broc: *La qualité juif. Une notion juridique nouvelle*, Párizs: P.U.F. 1943. 272. sk.

igen kazuisztikus jogalkalmazásnak nyitottak teret. A jogtudósok munkája ezért nemcsak a törvények előkészítésére, hanem azok kommentálására, értelmezésére és rendszerezésére is ki kellett terjednie. A közlönyök és jogtudományi folyóiratok szerkesztői ezért nyitottak „zsidó ügyek”, „zsidókérdés” című rubrikákat.⁴⁶

B) Duverger tanulmánya

A fiatal Duverger a körülményekhez képest békés Bordeaux-ban fogott dolgozata elkészítéséhez. Kiinduló tétele szerint valódi politikai forradalom csak az azzal párhuzamos közigazgatási forradalommal együtt lehetséges, hiszen a politika feladata a jogalkotás, a közigazgatásé pedig a végrehajtás. Nemcsak az fontos, hogy mi a törvények tartalma, hanem az is, hogy azokat valóban végre is hajtsák. Az 1941. június-júliusi forradalom utáni új rezsim ezért látott neki gyorsan a közigazgatás átalakításának is. A változások mögött egyfelől logikai, másfelől ténybeli okokra lelünk.⁴⁷

A rendszerváltás jellegéből logikusan következnek az alábbi célkitűzések. Az új berendezkedés tekintélyelvű, ezért a közigazgatási reformnak az állami tekintély helyreállítását kell megcéloznia. Ez részben a hivatalnokok engedelmeskedésének hatékonyabb kikényszerítésében áll.⁴⁸ A berendezkedés továbbá nemzeti, amiből levezethető, hogy bizonyos funkciókat nem tölthetnek be szerzett állampolgársággal rendelkező személyek vagy zsidó származásúak. S végül a politikai berendezkedés alapja a „munka, család, haza”, ezért érthető, hogy a házas nőknek miért kell elhagyniuk bizonyos munkaköröket. Mindezek az előírások logikusan következnek az új rendből, míg más rendelkezések – a börtönnépesség reintegrációja,

46. Gros: *Peut-on parler d'un „droit antisemite”?* 22. sk.

47. Duverger: *La situation des fonctionnaires.* 277.

48. *Uo.* 278. sk.

munkanélküliség elleni küzdelem – inkább pragmatikusak, amelyek bizonyos tényekre vezethetőek vissza.⁴⁹

Duverger tanulmányának leginkább inkriminált része a közfunkciók egyenlő betöltésének elvével foglalkozik. Itt tárgyalja meg ugyanis azt, hogy zsidó származásúak miért nem vállalhatnak közfeladatot. Mint láttuk, ez az új rezsimből logikusan következik. Maga az egyenlőségi elv nem „új”, amennyiben az már a korábbi közigazgatási rendszereknek is az alapja volt, hiszen ez következik az általános állampolgári egyenlőségre vonatkozó klauzulából is. S amióta létezik ez az elv, azóta van két, ellenkező irányú kivétel is alóla. Az egyik a privilégium, amikor egy közfunkciót valaki számára fenn tartanak (például az egykori vagy jelenlegi katonai alkalmazottaknak). A másik kivétel a jogfosztottság (*incapacité*). Ezek az okok már megjelentek az 1927., 1934. és 1935. évek törvényhozásában, de az akkori törvények még „csak” a szerzett állampolgársággal rendelkezőket érintették. A forradalom az egyenlőség elve alóli kivételeket megsokszorozta, kiterjesztve a jogfosztottak körét a zsidókra és a nőkre. De magát az egyenlőségi elvet nem adta fel, írja Duverger, hiszen bizonyos esetekben a törvényhozó nemcsak negatív, hanem pozitív irányba is alkalmazta az egyenlőség elvét, oly módon, hogy orvosolt bizonyos egyenlőtlenségeket.⁵⁰

Az új törvények esetében a jogfosztottság okainak kiválasztásakor a törvényhozót eltérő szándék vezette. A törvényhozó a közszolgálathoz fűződő érdeket védi, hiszen „köztudott”, hogy a szerzett állampolgársággal rendelkezők és a zsidók képtelenek a közszolgálatot jól működtetni, ezért nem szabad hagyni, hogy közfunkciót lássanak el. A nők esetében nincsen szó általános tilalomról, hanem „csak” arról, hogy lehetőség szerint ne ők, hanem a jövedelemmel nem rendelkezők kerülhessenek hivatalba.⁵¹

49. Uo. 279. sk.

50. Uo. 280. sk.

51. Uo. 290. sk.

A közszolgálat nemcsak technikai képességet, hanem valamifélepolitikai hozzáállást is megkövetel. Sem a frissen állampolgárságot szerzetek, sem pedig a zsidók nem tanúsítanak ilyet, ezért a közérdek azt kívánja, hogy ilyen tisztséget ne viselhessenek. A két csoport között azonban további különbséget kell tenni annak ellenére, hogy a törvény logikai alapja ugyanaz. A zsidó származásúakra vonatkozó szabályok sokkal szigorúbbak és szélesebb körben alkalmazandóak, amit azal a ténnyel magyarázunk, mondja Duverger, hogy politikai értelemben a zsidók sokkal veszélyesebbek, mint azok, akik állampolgárságot szereztek. A közérdek rájuk vonatkozóan szigorúbb szabályozást követel meg.

Az 1940. és 1941. évi törvények különbséget tesznek francia és zsidó fajhoz tartozó állampolgárok között, és csak az előbbieket élvezhetik a közszolgálat betöltéséhez való hozzáférés egyenlőségének elvét. A „zsidó” meghatározásnak kétféle módja lehetséges: faji vagy vallási alapú. Mindkettő problematikus – érvel Duverger. A vallási alapú osztályozás hibája, hogy annak következtében a zsidók úgy tesznek majd, mintha más vallásra térnének át, így elkerülik a jog alkalmazását. A faji meghatározással az a probléma, hogy nehéz meghatározni azon jegyeket, amelyek alapján a származás megállapítható. A „tudományos” (etnikai) fajmeghatározás alkalmazhatatlan, a „bevallás” pedig vitatható.

Az elemzett törvények – hasonlóan a többi európai rendelkezéshez – kimondják, hogy azt kell zsidónak tekinteni, akinek a nagyszülője zsidó vallású. Ezt a vélelmet az 1941. június 2-i törvény állította fel, amely pedig az 1940. október 3-i törvényt vizsgálta felül. A korábbi törvény faji alapú volt, de nyitva hagyta a zsidó fajhoz tartozás kritériumainak kérdését. Ez a törvény csak annyit mondott ki, hogy zsidónak kell tekinteni azt, akinek legalább három nagyszülője zsidó, vagy csak kettő, de a házastárs is zsidó. A nagyszülők vallása bevalláson alapult a gyakorlatban, de erről a törvény nem rendelkezett.

Az új, 1941-es törvény ezt a „pontatlanságot” orvosolta, vegyesen alkalmazva a faji és a vallási meghatározást. A há-

rom nagyszülőre vonatkozó korábbi, faji alapú meghatározást fenntartja az új törvény is, így akinek ilyen nagyszülei vannak, mindegy, hogy milyen vallású, zsidónak számít. A törvény újdonsága az, hogy a faji meghatározást kiegészíti a vallási elv, azaz akinek csak két nagyszülője zsidó, de ő maga zsidó vallású, avagy 1940. június 25. előtt az volt, zsidónak számít. Akinek két nagyszülője zsidó, de ő maga egy valláshoz sem tartozik, szintén zsidónak tekintendő. A legfontosabb újdonság pedig az, írja Duverger, hogy a zsidó valláshoz tartozás egyúttal megdönthetetlenül vélelmezi a zsidó fajhoz tartozást is. Ez egy *praesumptio iuris et de iure*. Az 1941-es jogszabály szűkebb és könnyebben alkalmazható: a fajhoz tartozást megalapozza a vélelem, amely pedig a valláshoz tartozáson alapul. A valláshoz tartozás általános szabálya a rendes bizonyítás alapján állapítható meg. Egyedi esetben előfordulhat, hogy a zsidó nagyszülők leszármazottja azért esik a „zsidó” meghatározás érvényességi körébe, mert a nagyszülők nem tartoztak egyetlen valláshoz sem.⁵²

A közfunkciókkal ellentétben a magánszakmák szabadon gyakorolhatóak továbbra is. Most ez az elv, de ez alól akadnak kivételek. Az első és abszolút jellegű kivétel az, ha az adott szakma befolyásolhatja a közvéleményt (újságírás, mozi, színjátszás stb.). Ezen szakmák listáját törvény határozza meg. A tilalmi lista alapja a befolyásolás mértéke: egy zsidó színdarabot írhat, de mozit nem működtethet, mert annak nagyobb hatása lehet. A második, ugyancsak abszolút jellegű tilalom a „spekulatív” szakmákra vonatkozik (bankárok, pénzváltók, ingatlanforgalmazók stb.). A harmadik kivétel körét olyan szakmák alkotják, amelyek esetében a *numerus clausus*t külön rendelkezés állapítja meg. Itt nincs általános és abszolút tilalom, hanem „csak” létszámkorlátozás. Ezzel szemben a közszolgálat (*fonctions publiques*) a zsidók számára általános tilalom alá esik. Területi hatályát tekintve a törvény Francia-

52. Uo. 306. skk.

országokon kívül kiterjed Algériára, a protektorátus területeire, valamint vonatkozik még Szíriára és Libanonra is.⁵³

A törvény személyi hatálya lerontható. A kivételeknek két fajtája van: egyik általános, személytelen, és csak bizonyos tisztségekre vonatkozik; a másik egyéni, és minden funkciót felölel, ideértve a magánszakmákat is. Az első csoportba tartoznak a veterán katonák, felmenőik, özvegyeik és az árvák. Ám ahhoz, hogy egy zsidó „veterán” lehessen, szigorúbb kritériumnak kell teljesülnie, mint annak az esetében, aki a francia állampolgárságot megszerezte: nem elég az, ha részt vett az 1939–1940-es háborúban, hanem szerepelnie kell egy speciális listán, és birtokolnia kell a katonai keresztet is. Ugyanakkor a katonai kereszt vagy a becsületrend vagy más háborúban szerzett érdemrend is elég a státusz megszerzéséhez, így a személyi kör szélesebb lehet. A rendelkezés „liberalizmusát” enyhíti, hogy e személyek csak beosztotti pozíciót szerezhetnek a közszférában. (Számos pozíciót természetesen eleve nem tölthetnek be: kormányzatnál, bíróságon, a diplomácia területén vagy a rendőrség intézményrendszerében.) A másik kivétel egyedi esetben, egyedi mérce alapján alkalmazandó. Ezt jogszabály útján kell megadni, olyanok számára, akik az irodalom, tudomány, művészet területein kivételes szolgálatot tettek a Francia Államnak. A mentességről szóló dekrétumot hatályon kívül kell helyezni, ha nem a megfelelő formában hozták meg, így például, ha a hivatalos közlönyben nem tették közzé. (Egy újabb törvény ennek a kivételnek a megadására vonatkozó eljárást egyszerűsítette.) A Zsidókérdések Általános Bizottsága előtt zajló eljárás után az Államtanács állítja ki a dekrétumot. A törvény 8. szakasza újabb kedvezményként bevezette, hogy a mentesítés megadható, ha valaki (1) kivételes szolgálatot tett a Francia Államnak, (2) a család legalább öt generáción keresztül már Francia Államban él és tett ilyen szolgálatot. Duverger – megcsillantva jogászai tehetségét – felveti,

53. Uo. 309. skk.

hogy ebben az esetben nem világos, vajon konjunktív vagy alternatív feltételekről van szó. Ha konjunktív a feltétel, úgy túl szűk, ha alternatív, úgy pedig túl tág a törvény. Mindez a *travaux préparatoires*-ból nem állapítható meg, teszi hozzá, de abban reménykedik, hogy ezt a joggyakorlat majd elvégzi a jogértelmezésen keresztül.

Az egyéni kivételek tág körét ellensúlyozandó a törvény szankciórendszerét vezetett be.⁵⁴ A közigazgatási szankció a prefektus rendeletére történő, speciális táborba szállítást jelent, de ez a közigazgatási internálás csak a nem francia zsidókra alkalmazható, illetve azon francia zsidókra, ha rosszhizeműen vagy hazugság megkísérlésével próbálják megkerülni a jogfosztottságot. A büntetőszankció hat hónaptól két évig terjedő börtönbüntetést vagy pénzbüntetést vagy mindkettőt jelent. A szankciók különösen szigorúak – jegyzi meg *sine ira et studio* Duverger.⁵⁵

1.4. A „védelem” érvei

Nem kívánnék tovább idézni az inkriminált írásból; inkább a védelemnek adom meg a szót. Duverger a tudományos közösség előtt 1983-ban, a bordeaux-i professzor, Jacques Ellul emlékkönyvében közölt – már idézett – tanulmányában veszi sorra az őt ért vádakát.⁵⁶ A stílus most nem „hideg” és „távol-ságtartó”, hanem – talán a megnyert per miatt is – néhol igen visszaemlékezésszerű, személyes, fennhéjázó, s különlegessége – miként arra Lochak felfigyelt –, hogy a szerző a fiatalkori Duverger-ről egyes szám harmadik személyben beszél.

A „személyes” jellegnek két aspektusa van. Egyfelől Duverger azt próbálja igazolni, hogy az őt ért támadásnak mindig voltak személyes vagy politikai motivációi, másfelől pedig azt

54. Uo. 311. skk.

55. Uo. 315.

56. Duverger: *La perversion du droit*. 705–718.

sugallja, hogy mint egykori ambiciózus és kellően tájékozott tanársegéd-adjunktus, ő nemcsak hogy nem kötelezte el magát a faji törvények mellett, hanem éppenséggel az érintetteket kívánta védeni.⁵⁷ Fiatalkorában választhatta volna azt is, hogy érdektelen tanulmányok készítésével „bomlaszt”, avagy éppen ellenkezőleg: nagy jogszociológiai szintézist alkot, mondjuk Durkheim, Duguit vagy Scelle nyomdokain, vagy elkötelezhette volna magát a Jèze- vagy Bonnard-féle strukturális elemzés mellett, de építhetett volna olyan zikkurathoz hasonló jogtant, mint Kelsen. Ám a szemináriumokra készülve sem ezzel, sem pedig a lakóingatlanok kérdéseivel nem foglalkozhatott, hiszen az új törvények alapvető kérdéseket vetettek fel, és – baráti kapcsolatok miatt – személyesen is érintett volt. Az előadótermekben – a cenzúra miatt – kritikát nem lehetett kifejteni, csak jelzésértékű megjegyzéseket tenni az 1793. évi alkotmány 121. szakaszáról, vagy arról, hogy az alkotmányjogi dogmatika értelmében nem lehet hatáskört átruházni, vagy hogy az elmaradt referendum kétséggé teheti az „alkotmányos reformokat”.⁵⁸

Ekkor kérte fel a faji törvények elemzésre a *Revue* két szerkesztője, Jèze és Bonnard. Bonnard – állítólag – tudta, hogy Duverger a szemináriumokon rendszerint ellenkező álláspontot képvisel, mint ő, s tiszteletben is tartotta beosztottja szellemi szabadságát. A kérést vissza is utasíthatta volna. De a *Revue*, mint már említettük, az egyik fontos – ha nem a legfontosabb – jogi folyóirat volt, s mint általában a tudományos folyóiratokat, ezt is csak kevesen olvasták. „Talán a becsvágy fogadtatta el velem az ajánlatot?” – teszi fel a költői kérdést Duverger. Abban az értelemben igen, írja, hogy a munkájának elkészítésével a célja a joggyakorlat befolyásolása volt, hiszen azt tanulta és tanította az egyetemen, hogy a doktrína (jogiro-

57. Így történhetett meg az, hogy míg az első bírósági ítélet alapvetően a szöveg semlegességére és objektivitására, a második már a „burkolt kritikára” utalt.

58. Duverger: *La perversion du droit*. 705. sk.

dalom, jogdogmatika) képes erre. Így hát elkészítette a majdnem száznyolcvan oldalas tanulmányt.⁵⁹

Távolságtartásának jelzésére először is stilisztikai módszert használt. Így sorozatosan és feltűnően az – angol *one*-hoz, a német *man*hoz hasonló – *on* általános alanyt használta. Ez nem csak a felelősség elhárítására szolgált, hanem arra is, hogy a szerző csak a szöveg objektív feltárására koncentrálhasson. Sőt megkockáztatott egy „alig burkolt” kritikai megjegyzést, ami a közigazgatás „átpolitizálódását” érintette, amikor a rezsim viszont éppen a demokratizálódást hangsúlyozta. A dolgozat megírásával kettős célja volt: egyrészt a kizárások és a tilalmak lehető legnagyobb mértékű korlátozása, másrészt a lehető legnagyobb kártalanítás megadása annak, akit a közfunkciókból kizárnak.⁶⁰

A kártalanítás lehető legegyszerűbb alkalmazhatósága végett Duverger kifejtette, hogy a zsidó származásúak eltávolítása a közfunkciókból nem megtorlás vagy fegyelmi büntetés. Az eltávolítást a közszükséglet (*nécessité public*) indokolja. Ez az értelmezés lehetővé tette a kirekesztettek kártalanítását, ami, ha megtorlásról vagy fegyelmi büntetésről lett volna szó, nem járt volna nekik. A kártalanítás összegét pedig a közösség viseli, vagyis, írja Duverger, visszaállította – legalábbis bizonyos értelemben – az egyenlőség elvét az egyenlőtlenség kellős közepén.⁶¹

Duverger értelmezése szerint a „zsidó” (*juif, Juif*) kifejezés meghatározhatatlansága teremtette meg a lehetőséget arra, hogy kommentárjának megírása révén a törvényhozás túlkapásait megakadályozhassa, vagy legalábbis enyhíthesse. A másik két, törvény által diszkriminált csoport, a „nők” és a „frissen állampolgárságot szerettek” (*naturalisation*) esetében ilyen „játékra” a törvényszöveg nem adott lehetőséget. Az 1940. június 2-i első faji törvény pontatlanul fogalmazott, amikor úgy

59. Uo. 706. sk.

60. Uo. 707.

61. Uo. 708.

definiált, hogy „zsidó” az, akinek három nagyszülője a zsidó „fajhoz” tartozik, vagy csak kettő, de házastársának legalább két nagyszülője zsidó „fajhoz” tartozik, avagy ő maga zsidó vallású. A törvény viszont nem határozta meg, hogy miként lehet meghatározni, hogy valaki a zsidó „fajhoz” tartozik. Duverger kiemeli, hogy ez egyébként nem is lehetséges, ezzel megalapozhatatlanná tette a rasszizmust. A második, 1940. június 2-i törvény „orvosolta a hibát” azzal, hogy a fajhoz tartozást vallással helyettesítette. A valláshoz tartozás megdönthetetlenül vélelmezi a fajhoz tartozást, de, tette hozzá akkor, a valláshoz tartozást a rendes bizonyítás szabályai szerint kell megállapítani. A bizonyítási teher megfordításával (a rendes bizonyítás szabályaira való utalás révén) valójában megakadályozta, hogy a közigazgatás alkalmazza az antiszemita törvényeket, hiszen szinte lehetetlen a közigazgatási szervre bízni, hogy minden esetben kinyomozza a nagyszülők vallását. Kivéve azt az esetet, amikor az érintettnek mindössze két nagyszülője tartozott a zsidó valláshoz, s házastársára pedig ez nem állt,⁶² minden más esetre kiterjesztette a fent szabályt Duverger.⁶³

2. A „Duverger-ügy” jogfilozófiai dimenziója

A Duverger-tanulmány „legendává” lett – mondják néhányan, nemcsak azért, mert botrányos volt, hanem mert példányai gyakran el is tűntek a francia egyetemek könyvtáraiból.⁶⁴ A jogászok a történészekhez képest jóval később, a faji törvények

62. A vélelem az volt, hogy ha az illető nem tartozott semmilyen más, 1905 előtt elismert felekezethez, akkor zsidónak kell tekinteni. A vélelem alkalmazásával szemben az érintettet terhelte a bizonyítási teher.

63. Duverger: *La perversion du droit*. 708. sk.

64. Philippe Fabre: *Le conseil d'État et Vichy: le contentieux de l'antisémitisme*, Párizs: Publications de la Sorbonne, Introduction, 19–48., 48. és 131. lj.

félévszázados „jubileuma” környékén jutottak el odáig, hogy végiggondolják a vichyi rendszer összes következményét,⁶⁵ holott könnyebb dolguk volt, mint a történész kollégáiknak, hiszen a doktrinális irodalom a közkönyvtárakban hozzáférhető volt.⁶⁶ A legfőbb ok a késedelemre a bírói eljárásokban is megjelenő jogász i korporativizmus és az élő személyek nemzeti és nemzetközi ismertsége volt.

Ennek ellenére Danièle Lochak már 1989-ben – nyilvánvalóan az 1988-as Duverger-ügytől nem függetlenül – egy alapos tanulmányban kidolgozta Duverger 1983-ban megjelent védekezésével és általában a jogi pozitivizmussal szembeni érveit, s ugyanabban a kötetben, ahol írása megjelent, Michel Troper válaszolt rögtön az utóbbi vádakra.⁶⁷ Ezt a vitát társ-szerzőként – kisebb változtatásokkal – újrapiublikálták az Amszelek által szerkesztett *Théorie du droit et science* (Jogelmélet és tudomány) című kötetben. A Troper válaszával elégedetlen Lochak 1996-ban újra felelevenítette a vita lényeges pontjait, s fenntartotta a jogi pozitivizmus elleni érvelését.⁶⁸ Ugyanez

65. A korszak értékeléséről lásd pl. *Esprit* folyóirat 1992. évi 181. és számát, amely a „Que faire de Vichy?” köré gyűjtött történelmi értékeléseket.

66. Egész pontosan az első jogászkonferenciát 1993-ban, Bordeaux-ban rendezték meg, „*Juger sous Vichy*” (Ítékezés Vichy alatt) címmel. A történettudomány – Gros szerint – ekkor már sokkal előrébb járt a korszak feldolgozásában. Ennek okairól lásd Gros: *Peut-on parler d'„une droit antisemite”?* 18. sk.

67. Danièle Lochak: *La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme*, és Michel Troper: *La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak)*, in *Les usages sociaux du droit*, Párizs: P.U.F. 1989. 252–285; 286–292. Danièle Lochak – Michel Troper: *La neutralité de la dogmatique juridique: mythe ou réalité?* 1. Danièle Lochak *Une neutralité impossible* 2. Michel Troper *Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité* in Paul Amszelek (szerk.): *Théorie du droit et science* Párizs: P.U.F. 1994. 293–309; 310–325.

68. Danièle Lochak: *Écrire, se taire... Réflexions sur l'attitude de la doctrine française*, in „*Le droit antisemite de Vichy*” *Le genre humaine*, (1996). 433–462.

az írás megjelent a *Troper-Festschrift*-ben is.⁶⁹ Az utóbbiakra már Troper – legalábbis tudomásunk szerint – nem válaszolt. A következő rekonstrukciókban összefoglalva tárgyaljuk a két álláspontot.

2.1. A jogi pozitivizmus elleni vádak

A jogdogmatika semlegesség iránti igénye illúzió – állítja Lochak. Ez az állítás egy specifikus korszak specifikus jogi diskurzusából (ti. a vichyi rendszer doktrinális irodalma alapján) levont következtetés ugyan, de talán éppen azért, mivel ilyen jellemvonásokkal rendelkezik ez a korszak, még inkább nyilvánvaló, hogy minden törvényhozás értékalapú. Ezeket az értékeket a kommentárok – fogalmazódjanak bár meg az absztrakció akármilyen magas fokán – szükségszerűen tükrözik, még akkor is, ha a kommentáráró ügyel arra, hogy ezen értékekről ne beszéljen.

Lochak erősebb tézise szerint a vichyi rendszerben a jogászoknak hallgatniuk kellett volna, gyengébb tézise viszont csak annyit mond, hogy a semlegességre való hivatkozás nem volt sem hatékony, sem pedig tiszteletre méltó. Valami kellett volna tenni, de nem ezt. A megoldás helyett egy olyan 1938-ban megjelent tanulmányt idéz, amely elítéli a jogászok egzegé- ta hagyomány melletti elköteleződését, a „bármiféle színházhoz kockázat nélkül asszisztáló”, konformista, formulákban gondolkodó, élettől és az embertől elidegenedett (erkölcsöt, metafizikát, szociológiát kizáró) jogi pozitivizmust is.⁷⁰ Most nézzük a tétel bizonyítását.

69. Danièle Lochak: Entre l'éthique du savant et les convictions du citoyen: juriste face à ses dilemmes, in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Párizs: Economica 2006. 639–649.

70. Lochak: Une neutralité impossible. 308. sk.

A) Duverger érvelésének elutasítása

Lochak számára Duverger maga csak egy a sok közül, aki a tudomány „köntösébe” öltöztette a perverz jogszabályokat. A Duverger-féle érvelés elutasítása egy tipikus és lehetséges okfejtés elvetéseként, s egyúttal az Actuel-ítélet kritikájaként olvasandó.

Először is megkérdőjelezi Duverger védekezésének személyes vonalát, annak mindkét fent vázolt értelmében. Duverger-t az 1988-as perben a professzortársak azzal védtek, hogy ő csak „lelkiismeretes” munkát végzett, míg Lochak úgy véli, hogy a tanulmány elkészítését inkább a – védekezésében költőien feltett kérdésként megjelenő – becsvágy és gőg motiválta. Ahelyett, hogy egy minuciózus elemzés elkészítésével huszon-egynéhány évesen a tekintélyes folyóirat igényeinek (és saját főnökének) kívánt volna megfelelni, jobb lett volna, ha Duverger inkább hallgat, hiszen ez volt az egyetlen etikailag elfogadható álláspont. A szöveg és a szerző közötti távolságtartás sem túl jó érv.⁷¹ De ha már beszélt, akkor ezt tehette volna másként is. Az általános alannyal való védekezés mindössze a politikával szembeni távolságtartást jelzi, de nem az elemzett törvénynek az elutasítását.⁷² Mint említettük, volt, aki elutasította a faji törvények kommentálását, más az ellenálláshoz csatlakozott. Ám volt olyan is – amint azt egy 1944-es kommentárban olvashatjuk –, aki kimondta: a „francia” kategórián belüli „jogképtelen” csoport kialakítása szemben áll a francia jog hagyományos elveivel.⁷³ Lehetett írni az antiszemitizmus törvényekről, de a vichyi korszak alatt született írásoknak

71. Lochak: *Écrire, se taire... Réflexions sur l'attitude de la doctrine française*. 438. sk.

72. Duverger „általános alany” használatára építő védekezése valóban nagyon mesterkélt. A francia kommentárfírók eleve kerülnek – például szenvedő szerkezet használata révén – az alany megjelölését. Az *on* pedig bevett formula: a Hamon-Troper-könyv két találomra kiválasztott oldalán összesen harminchét ilyen mondatot számoltam meg.

73. Lochak: *Une neutralité impossible*. 305.

csak egy része elfogadható, s még kevesebb volt kívánatos. Bizonyos esetekben azonban ez a beszéd elfogadhatatlan.

Ami például a bizonyítási teher kérdését illeti, Duverger védekezésében nyitott kapukat döngetett, hiszen a jogtudósok nagy része úgy látta már akkor is, hogy a bizonyítás a közigazgatást terheli, hiszen régi római jogi elv, hogy *actori incubit onus probandi*. Ez a régóta ismert szabály főként azokra az esetekre vonatkozik, ahol valamilyen hátrány megállapításáról kell dönten. Érdekes módon volt, aki a korszak német irodalmát elemezve arra hívta fel a figyelmet, hogy a zsidó valláshoz nem-tartozás bizonyítására bármilyen bizonyíték felhasználható. Ez a sokféleképpen értelmezhető tétel adott esetben valóban az áldozatok védelmét szolgálhatta. Ehhez képest Duverger azt hangsúlyozta, hogy a valláshoz tartozást és a fajhoz tartozást megdönthetetlen vélelem kapcsolja össze, a más valláshoz nem tartozást és a zsidó valláshoz tartozást pedig törvényes vélelem fűzi egybe. Ez a jogdogmatikai konstrukció – a két vélelem egybekapcsolása – nemcsak hogy nem védte az érintetteket, hanem éppen ellenkezőleg, a hatékony jogalkalmazást segítette. A jogalkalmazás „tülkapásait” is inkább csak erősítette, s nem korlátozta az, hogy Duverger nyitva hagyta azt a kérdést, amit az alternatív vagy konjunktív derogációs feltételek vetettek fel, azt állítván a fiatalkori cikkben, hogy azt majd a joggyakorlat pontosítja. A kártalanítás kérdését pedig maga a törvényhozó elrendezte, ezért a Duverger megoldásában – a közérdekből történő hivatalvesztés nem fegyelmi jellegű intézkedés – nem volt semmi újdonság.⁷⁴ Az viszont, hogy a zsidó származásúak kizárását a közszükséglet és a közérdek indokolja, olyan tétel, amely a társadalom számára elfogadhatóbbá tette a kirekesztést.

74. Uo. 440. skk.

B) A „semleges jogdogmatika” fogalma

A fenti elemzés két síkon utasítja el Duverger védekezését. Egyfelől azt sugallja, hogy emberi gyarlóság (gőg, karrierizmus) állt a háttérben, másfelől pedig jogdogmatikai szinten azt próbálja meg kimutatni, hogy lehetett volna kedvezőbb értelmezést is adni a perverz jogszabályoknak. A fenti érvelésnek van egy általánosabb vonulata is, amely azt állítja, hogy a rövidtávon a diszkriminált csoport számára előnyösnek tűnő megoldások felvetése hosszú távon éppen ellenkező hatást váltotta ki, hiszen erősítette vagy biztosította a Pétain-rezsim legitimitációját. Ez a hatás azonban túlnő Duverger személyén; a hiba a pozitivista orientációjú, „semleges” és „objektív” jogdogmatika eszméjében keresendő.

A „jogdogmatika” fogalma

Míg első tanulmányában Lochak a „doktrínát” vádolta, a másodikban már a pozitivista „jogdogmatika” (*dogmatique juridique*) ellen fordul.⁷⁵ A nagyjából hasonló és egymásra utaló két tanulmánya nem tisztázza, hogy van-e különbség a kettő között, így feltehetően a szerző szinonimaként fogja fel a két fogalmat. A „jogdogmatika” kifejezés meghatározásakor Lochak a *Jogelméleti enciklopédia* Aarnio által írt szócikkét követi. Ez utóbbi szerint a jogdogmatika a jogtudománynak az területe, amely a jogi normák értelmezésével foglalkozik, és azokat rendszerezi. A gyakorlati célja az, hogy felvilágosítást nyújtson az érvényes (hatályos) jogszabályok tartalmáról. A jogdogmatika legalább abban az előfeltevésében pozitivista, hogy felteszi: az értelmezés és rendszerezés tárgya kizárólag a „pozitív”, azaz érvényes jog.⁷⁶

75. Vö. Lochak: *La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme*. 252.; *Une neutralité impossible*. 293.

76. Vö. Lochak: *Une neutralité impossible*. 293. Vö. Aulis Aarnio: *Dogmatique juridique*, in André-Jean Arnaud és mások (szerk.): *Diction-*

A „semlegesség” fogalma

A jogászok számára a „semlegesség” a tényítételek és értékítéletek elválasztását, az értékítéletek meghozatalától való tartózkodást, a természetjog létezésének elutasítását, vagy más, jogon kívüli kalandozás tilalmát jelenti. A pozitívizmus azt tanítja, hogy lehetséges és szükséges egy adott ország adott korszakában érvényes és hatályos jog tartalmának szigorúan empirikus, az érvényes jog megfigyelésén alapuló, mindenféle axiológiai vagy célelvű hivatkozást kizáró leírása. Ez egybeesik azzal, amit a „semlegesség” kifejezésről (elfogulatlan-ság, objektivitás) egy Lochak által idézett francia értelmező szótár ad, mely szerint a „semlegesség” a valóság leírását vagy az arról alkotott, érdekektől, ízléstől vagy előítéllettől mentes ítéletet jelenti. A „semleges jogdogmatika” úgy írja le a jogot, ahogyan van, anélkül hogy a preferenciákat, vagy a leírás tárgyát alátámasztó értékekre utalna. Más szóval, a jogi pozitívista felfogás szerint nem tartoznak a leíráshoz a jogszabályok által érintett preferenciák és értékek. A semlegességnek ez a felfogása – legalábbis Lochak szerint – a tények és értékek elválasztásából következik, amit úgy lehet a legjobban érvényesíteni, ha a tényekről – ebben az esetben a normákról – lehántjuk az értékeket. Minél inkább ragaszkodunk a tényekhez, az objektivitás eszménye annál inkább megőrizhető. A jogi pozitivisták azonban nem számolnak azzal, hogy maga a jog viszont nem semleges. A pusztán az érvényes-hatályos jogszabályanyag tartalmát értelmező és rendszerező jogdogmatika felszámolja a törvényhozói és a jogdogmatikai diskurzus közti határvonalat. Az ilyen értelemben vett dogmatika kutatási területe felöleli és terjeszti azokat az „értékeket”, amelyeken a törvényhozás alapul, és hozzájárul a hatalom legitimálásához. A vichyi korszak kommentárirodalma „behatolt” a törvényhozás területére, mégha úgy is tettek a jogtudósok, mintha csak a

jogszabálytartalmakat semlegesen és objektíven leírnák, osztályoznák. A kommentárok hatása azonban nem maradt „semleges”, és az egzegézis társadalmi hatását tekintve elősegítette a zsidó származásúak francia társadalomból való kirekesztését is. A társadalmi hatás leginkább az antiszemita jog banalizálásában és a törvényhozás legitimációjának megerősítésében állt.⁷⁷

C) Az antiszemita jog banalizálása

Az arendti kifejezést felelevenítve, de egyúttal annak új jelentést tulajdonítva, a „banalizálás” (*banalisation*) szónak Lochak az antiszemita jog „hitelesítését” (*consécration*), s annak „eufemizálását” (*euphémisation*) jelentéseit adja.

a) Hitelesítő hatás

A jogkövető-jogalkalmazók, akiknek jogi kötelezettségük volt a faji törvények érvényesítése, olyan kazuisztikát alakítottak ki, amely egyáltalán nem tetszett a Zsidókérdések Általános Bizottságának. A nemtetszés nem abból fakadt, hogy a jogalkalmazók ne köteleződtek volna el eléggé a törvények mellett, vagy hogy akadályozták volna az érvényesülésüket, avagy kritizálták volna azt, hanem abból, hogy nem volt egységes a gyakorlat. A joggyakorlat, főként az Alkotmánytanács működésének erkölcsi megítélése más lapra tartozik, mint a jogdogmatikai diskurzusé, ahol a szereplők nem állnak kommentár-, cikk-, tanulmányírási kötelezettség alatt. (A jogalkalmazóknak viszont nyilvánvalóan van döntési kötelezettségük.) A nagy folyóiratokban megjelent tanulmányok mellett volt a „Zsidó-kvalifikációról” (*qualification juive*) készült doktori értekezés,⁷⁸ amit a Mestre–Scelle–Lampué-bizottság előtt védtek

77. Lochak: Une neutralité impossible. 293. skk.

78. Andres Broc: *La qualification juive*, (1942) Párizs: P.U.F. 1943. A szerzőről annyit tudunk, hogy valószínűleg a párizsi prefektúra egyik munkatársa volt. Lochak: *La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme*. 282. 15.jp.

meg Párizsban. Ha az antiszemita törvényhozás kérdését akár egy doktori dolgozat témájául is elfogadták, ez azt jelenti, írja Lochak, hogy a jogtudósok számára ez a fajta jogalkotási tevékenység nem különbözött semmiben a többitől. Az antiszemita jogi diskurzus tudományos rangra emelésével a jogtudósok „hitelesítették” a vichyi rendszer jogát. Azzal, hogy a korszak jogtudósai feltalálták az antiszemita jogtudományt, s a többi klasszikus jogterület mellé beillesztették, banalizálták a jogszabályok tartalmát, s szentesítették a perverz politikát.

Az „új” és a „klasszikus” jogágak közt létező különbség eltűnt, hiszen a faji törvények értelmezése és rendszerezése bevett jogi kategóriákkal, módszerekkel történt. A „transzplantációs” munka sikeres volt, és az antiszemita jogtudomány a normáltudomány státuszába került. A jogalkalmazási problémák (például a joghézagok, antinómiák, hatásköri kérdések stb.) a jogtudósok keze nyomán jogi feladványokká alakultak át. A jogdogmatika (doktrína, jogtudomány) ugyanazt tette, amit azelőtt is. A feladat, mint mindig, most is a jogszabályok szövegének elemzése és az azokat alkalmazó bíróságok döntéseinek tanulmányozása volt, ideértve az alkalmazás helyességét, kellő és megfelelő megindokolását. A faji törvényekkel összefüggő legfontosabb kérdés a kvalifikáció volt. „Remek” publikációs téma volt a jogtudósok számára, hogy elemezzék, ki tartozik a törvény hatálya alá, kinek és milyen módon kell bizonyítani a „más valláshoz tartozást” vagy éppen a „más valláshoz nem tartozást”. A jogtudósok szeme előtt a „jogbiztonság” követelménye lebegett. Úgy érezték, világossá kell tenni, hogy az antiszemita jogszabályok és intézkedések személyi hatálya kikre terjed ki. S ugyanúgy, ahogyan az antiszemita jogot beillesztették a többi jogág közé, a jogtudósok a „zsidó-kvalifikáció” problémáját is banalizálták azzal, hogy azt a többi klasszikus kvalifikációs kérdéshez hasonló jogi „fejtörővé” transzformálták.⁷⁹

79. Lochak: Une neutralité impossible. 295. skk.

b) Eufemizáló hatás

A jogászok számára – akik egyébként egyáltalán nem írtak antiszemita módon, s a legtöbb esetben nem is voltak azok – az egyetlen lehetséges nézőpontot a jogtechnika és a jogi logika kínálta. Az eufemizálás hatását a zsidó származásúakat érintő diszkriminatív intézkedések kommentárokból történő részletes és kimerítő bemutatása váltotta ki. Az antiszemita logika jogi logikává alakult át, minthogy a jól láthatóan perverz jogszabályokat a jogtudósok tiszta jogi problémaként tárgyalták. Azzal, hogy a jogászai formalizmus az antiszemita intézkedéseket még absztraktabb formulákba öltöztette, s azzal, hogy ezen jogi aktusok által felvetett problémákat tisztán jogászai módon tárgyalta, elfogadhatóbbá tette a kommentárolvasó közönség számára a borzalmas valóságot. A jogtudomány a törvényhozó diskurzusához hozzáfónódva az antiszemitizmust „megtisztította”, azaz lefordította saját nyelvére. A „tisztítás” rendszeres és átfogó jellegű volt: a „jogi/nem jogi” distinkcióra rímelő „zsidó/árja” dichotómiával kezdődött, és a rasszista argumentáció jogi szillogizmusba törésében tetőzött.⁸⁰

D) Az antiszemita politika legitimálása

Lochak szemében a vád nem pusztán az antiszemita politika legitimációjához való hozzájárulás, hanem az is, sőt leginkább az, hogy a semlegesnek és objektívnek feltüntetett jogdogmatikai diskurzus hatékonyan ellátta magát a legitimációs funkciót is. Ez a diskurzus azért lehetett hatékony, mert nem nyíltan kötelezte el magát törvényhozó ideológiája mellett. A kommentáriródalom hatására a jogkövetők szemében a kirekesztő törvények többé már nem a faji gyűlölet vagy egy vitatható politikai döntés kifejeződéseinek tűntek, hanem természetes és evidens jelenségekké váltak. Az explicit elköteleződéssel lehet, hogy a jogtudós a jogkövető közösségben az ellenkező hatást váltotta volna ki, de azzal, hogy az elköteleződés rej-

80. Uo. 298. skk.

tett maradt, a társadalomra gyakorolt hatás rendkívül intenzív lett. A semleges jogdogmatikai irodalom hatására a zsidók társadalomból való kirekesztése többé már nem őrült ötlet volt, hanem mindennapos és minden vita felett álló dologgá vált. A semleges kommentár semlegesítette a kommentált joganyagot, így „érzéstelenítette” nemcsak azt, aki írta, hanem azt is, aki azt olvasta.⁸¹

a) Anesztézia: jogi pozitivizmus mint „semleges” és objektív diskurzus

A legtöbb jogász a „nemzeti forradalom” jogát és az antiszemita törvényeket érvényesnek tekintette, s úgy látta, hogy ugyanúgy kell kommentálni, ahogyan addig az összes többi jogszabályt. Így ebben az esetben is megtettek mindent, hogy se pozitív, se negatív értékítéletet ne nyilvánítsanak. A tartózkodás legtöbb esetben a faji törvények kommentárjaira volt jellemző, de voltak olyan törvények is, amelyeket viszont nagyon is kritizáltak. A doktrína például hangosan vitatta a házasságon kívül született gyermek törvényesíthetőségét (ami az adott „alkotmányos rend” alapértékeivel ellenkezett), és ugyancsak hangosan éljengett a házasság felbontására vonatkozó törvény hatálybalépésekor, ami pedig gyakorlatilag lehetetlenné tette házasság felbontását. Az, hogy a faji törvények „nehéz esetek”, mutatják a jogirodalomban megjelenő olyan „mentegőzések” is, mint például az, hogy „mi ezeket a törvényeket csak mint jogi tényeket vizsgáljuk”. A vállalatok „árjásításáról” (*aryenastion*) vagy „a francia faj” (*race français*) által felvetett problémákat tárgyaló jogtudósok írásaiból összességében, ahogy a „részletkérdések” meg tárgyalásából is, erős antiszemitizmus sugárzik.

b) Elismerés: a jogi pozitivizmus csapdája

A jog, írja Lochak, valójában egy diskurzus, vagyis több, mint kényszerítő erejű szabályok összessége. Ez a diskurzus arról

81. Uo. 300. sk.

a világról szól, amelyben élünk, de a jog sajátossága az, hogy sajátos fogalmai révén újrakonstruálja a világot, s a (re)konstrukció eredményeként a dolgok ismét a maguk természetes valójukban tárulnak elénk. Maga jog elismerési hatást vált ki a befogadóban: olyan, mintha a jogszabály tartalma már a dolog természetében is meglenne. A norma a normális emberi magatartások körét jelöli ki azzal, hogy meghatározza a jogos és a jogellenes magatartások körét. A vichyi törvényhozás elfogadhatóvá tette, hogy a zsidó származásúak nem franciák, hogy az emberek két csoportra oszthatók, árjakra és nem árjakra. A doktrína pedig abban a konceptuális hálóban érvelt, amit a faji törvényhozás alakított ki, ezzel elfogadta, hogy a törvényhozó felfogása szerint gondolkodjon. Ezáltal, legalább implicit módon, osztotta és terjesztette azt az új világnézetet, amit a vichyi kormányzat talált fel. Ha a bölcs jogászok logikusan és jogi kategóriák segítségével szórólszóra elemzik a törvényhozás termékeit, a politikai közösség tagjai aligha vonhatják kétségbe a „zsidó faj” létezését vagy a „vállalatok árjásításának” szükségességét. Az antiszemita terminológia jogi változatainak használata így nem volt ártatlan, hozzájárult a politikai antiszemitizmus elfogadtatásához.⁸²

2.2. A jogi pozitivizmus védelme

Lochak vádjaira – védelmébe véve a jogi pozitivizmust (és ezzel együtt az elválaszthatóság tézisé) – az újrealista Michel Troper szinte azonnal válaszolt. Nyilvánvalóan sem ő, sem más nem vonta kétségbe azt az állítást, hogy a vichyi rendszer faji törvényhozása perverz volt. Troper maga is úgy látja, hogy Lochak tanulmánya mint történeti-szociológiai elemzés meggyőző. Ha viszont a cél az, hogy ebből a jogi pozitivizmus elutasítására következtessünk, úgy igen gyenge lábakon áll.

82. Uo. 306. sk.

A) Az antipozitivistai érvelés két változata

Troper rekonstrukciója szerint a Lochak által is képviselt antipozitivistai érvelésnek két formája van. Az egyik változatot nevezhetnénk – Radbruch óta – a jogi pozitivizmus szokásos kritikájának. A másik, amelyet Lochak fejt ki, ennél eredetibb.

A klasszikus vád szerint a jogi pozitivizmus bármilyen rendszert kiszolgál. A jól ismert *Gesetz ist Gesetz* érv ugyanis a következőképpen rekonstruálható: a jogi pozitivisták szerint (1) egyedül a pozitív jog a „jog”, ezért (2) a jogi kötelezettség kizárólag az, amit a pozitív jog kikényszerít. Ebből az következik, hogy (3) a jogi pozitivisták a jogszabályok tartalmától független, feltétlen engedelmeskedési kötelezettséget írnak elő. Ezt a tézist többféleképpen is el lehet utasítani. Bobbio úgy tartotta, hogy a jogi pozitivizmus mint az engedelmeskedési kötelezettségre vonatkozó ideológia elválasztandó a jogi pozitivizmustól mint módszertantól vagy megközelítéstől, ugyanis a jogi pozitivizmus e három formája között nincsen szükségszerű a kapcsolat. A másik érv – s ebben a vitában erre hivatkozik Troper is – Alf Rosstól származik. Eszerint: a jogi pozitivizmus (1) mindenekelőtt metaelmélet, vagyis egy olyan jogtudomány-felfogás, amelynek (2) modellje az empirikus tudomány. E metaelmélet (3) nem ír elő semmit: nem írja elő, hogy milyen legyen a jog, hanem leírja, hogy milyen. Aki (4) az engedelmeskedési kötelezettséget előírja (még ha magát pozitivistának is nevezi), valójában „álpozitivistai”.⁸³ Lochak nem hozta játékba a Radbruch-féle érvelést. Az ő vádja az, hogy a jogi pozitivisták explicit módon ugyan nem írták elő a vichyi korszak idején érvényes (hatályos) jogszabályoknak történő engedelmeskedés kötelezettségét, de azzal, hogy kommentárjaikban szándékosan tartózkodtak attól, hogy bemutatassák a perverz jogszabályok „értékalapjait”, valójában semlegesítették azokat, s ezzel elfogadhatóbbá tették a zsarnoki jogrendszert. Nem azt mondja Lochak, hogy a jogi poziti-

83. Troper: La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak). 286. sk.

visták „bűne” a törvényhozást alátámasztó „értékek” melletti – akár önkéntelen – elköteleződés (amely nélkül a hatályos joganyag leírása lehetetlen lenne). A szokásos pozitivista válasz ugyanis erre az utóbbi vádra az, hogy az értékek „értékeléstől mentes” vagy „objektív” leírása nem jelent elköteleződést. Lochak vádjának eredetisége abban rejlik, írja Troper, hogy annak alapja éppenséggel ennek az ellenkezője. A legitimálás akkor volt a leghatékonyabb, amikor a vichyi korszak jogtudósai az „értékalapról” egyáltalán szót se ejtettek. Troper ezt a vádat vizsgálja meg. Bizonyos értelemben, állítja Troper, a Lochak-féle vád igazolása vagy cáfolása nem igényel mást, mint a tárgyalt korszak jogirodalmának stílselemzését. Azt kell mindössze eldönteni, hogy vajon az a jogtudós erősítette-e jobban a perverz rezsim legitimációját, aki függő beszédben fejezte ki magát („a törvényhozó álláspontja szerint a zsidók a társadalomra veszélyesek”), avagy az, aki direkt formulát alkalmazott („a zsidók a társadalomra veszélyesek”). De a jogelmélet nem merülhet ki a stílselemzésről folytatott vitában. A valódi kérdés az, hogy – stílustól és szociológiai értelmezéstől függetlenül – a jogdogmatikai diskurzus vajon előíró vagy leíró jellegű.⁸⁴

B) A *semlegesség fogalma*

Először is meg kell vizsgálni, hogy mit jelent a „semlegesség”. A jogi pozitivizmus mint metaelmélet, azaz jogtudomány-elmélet védjegyének tekintett „axiológiai semlegesség” nem etikai, hanem metaetikai elmélet.

A jogelméletnek meg kell oldania azt a problémát, amit ez a metaelmélet vet fel, hiszen a jogelmélet egy meghatározott jogra vonatkozó leíró diskurzus, nevezetesen a jogtudomány kritériumait meghatározó leíró diskurzus. A metaetikai semlegesség problémája ezért nem fog át tudomány- vagy oktatás-etikai dilemmákat, és nem veti fel a jogászok erkölcsi-szakmai

84. Uo. 288.

felelősségének kérdését sem. Minthogy nem válaszol a „Mit kell tenni?” kérdésre, következésképp abban sem foglal állást, hogy vajon ez vagy az a magatartás helyes-e, s még kevésbé vállalkozik arra, hogy igazolja, egyedül a tudomány előírásának megfelelő magatartákszabály igazságos. Nem tilt el senkit attól, hogy a jogot erkölcsi-kritikai reflexió alá vesse, de jelzi, hogy ilyen kritika a tudomány nevében nem fejthető ki. Nem metaetikai, hanem etikai szinten vizsgálva a jogászok tevékenységét, nyilvánvaló, hogy Lochaknak igaza van: nem kellett volna kommentárt írni, vagy ha ezt megtette valaki, a jogtudomány nem gátolta meg abban, hogy másfelől csatlakozzon az ellenálláshoz, vagy a rezsimmel szembeni fenntartásait más formában fejezze ki.⁸⁵

A jogtudomány metaelméleteként felfogott jogelmélet mindössze arra szorítkozik, hogy megjelölje azokat a kritériumokat, melyek teljesülése esetén egy diskurzus tudományosnak nevezhető. A „semlegesség” ezért e pozíció elfoglalásának következménye, így annak elfogadása vagy elvetése nem tekinthető sem erkölcsileg helyes, sem pedig erkölcsileg helytelen attitűdnek, hiszen a tudomány szemszögéből nézve semmiféle magatartás nem minősül sem erkölcsösnek, sem pedig erkölcstelennek.

Az antikognitivist metaetika egyébként olyan erkölcsi elmélet, amely elutasítja, hogy az erkölcsi értékek önmagukban, avagy az ezen értékekre vonatkozó állítások igazolhatóak lennének. Ha egyáltalán van a jogi pozitivizmusból következő politikai filozófia – érvel a Kelsen és Ross által kijelölt úton haladva Troper –, akkor az abban áll, hogy egyedül az antikognitivist metaetikai koncepcióhoz jól illeszkedik az autonómiára alapozott demokrácia elmélete. Szembeállítva a totalitárius rezsimek erkölcsi objektivizmusával és heteronóm etikájával, ebben a társadalmi formában senki (egy párt, egy egyház, egy osztály stb.) sem vindikálhatja magának azt, hogy

85. Uo.

az erkölcsi igazság birtokában lenne, s ahol az egyének valóban önmaguk döntenek saját sorsukról, elfogadva, hogy egyetlen erkölcsi értéknek (amelynek alapja az emberi akarat, s nem az értelem) sincsen kitüntetett helye.

A „semlegesség” kifejezés használható pozitív és negatív értelemben. Lochak – Troper értelmezése szerint – azt írja le, hogy mi nem semleges. Vagyis a kifejezést annak negatív értelmében használja. Aki viszont ezzel a meghatározással él, fel kell sorolnia a jogdogmatikai diskurzus összes jellegzetességét, majd be kell bizonyítani, hogy azok közül legalább egy nem semleges. Lista készítése nélkül ugyan, de Lochak ezt a módszertani irányt követi, amikor arról beszél, hogy a vichyi korszak jogászai diskurzusa annak társadalmi („banalizáló”, „eufemizáló”, „legitimációt erősítő” stb.) hatásai miatt nem volt semleges. A „társadalmi hatás” kifejezésen azt érti, hogy a jogtudósok jogászai módon megfogalmazott érvei hatására – más hatások mellett – a társadalom tagjai számára az antiszemita törvényhozás többé már nem egyszerűen a hatalom aktusának tűnt, hanem „joggá”, azaz „helyessé” és „igazságossá” vált. A jogtudósok így járultak hozzá a hatalmi apparátus hatékony működéséhez, s ily módon könnyítették meg az antiszemita politika társadalmi befogadását – hangzik a lochaki érvelés Troper-féle interpretációja.

Troper rögtön tesz két megjegyzést. Szerinte, egyfelől, Lochak nem mond semmit arról, hogy mit jelent a jogdogmatika semlegessége pozitív értelemben. Másfelől, elemzésének tárgya nem maga a jogdogmatikai diskurzus általában („úgy, ahogyan az van”), hanem a diskurzus szociológiai értelmezése. Utóbbival összefüggésben azt állítja, hogy azért nem lehetett semleges ez a diskurzus, mivel annak bizonyos társadalmi hatásai voltak. Ebből a konklúzióból viszont kényszerítő módon nem következik semmi magára a diskurzusra nézve. Bármilyen – fizikai, matematikai vagy szépirodalmi – diskurzus értelmezett formája nyomán kimutatható, hogy az valamilyen társadalmi – például legitimációt erősítő vagy lerontó – hatást vált vagy váltott ki. A „semlegesség” pozitív értelemben a

diskurzus értelmezéstől független, *sui generis* jellemzője: egy diskurzus akkor semleges, ha nem tartalmaz előírást vagy értékítéletet. A fő kérdés az, hogy elképzelhető-e egyáltalán a jogi diskurzusra vonatkozó semleges metadiskurzus, vagy más szóval, megvalósítható-e a pozitivista társadalomtudomány eszménye. Legyen bár pozitivista vagy antipositivista, abban kivétel nélkül mindenki egyetért, hogy maga a „jog”, a jogi diskurzus nem semleges, hiszen a törvényhozó akarata fejeződik ki benne, és értékítéleteit tükrözi. A valódi kérdés az, hogy vajon létezhet-e a jogi diskurzusra mint tárgynyelvre irányuló, de attól elválasztott metadiskurzus, amely kielégíti a semlegesség pozitív definíciója által szabott feltételt. Ez egy jogelméleti, nem pedig szociológiai vagy erkölcsfilozófiai kérdés. A jogelmélet, mondja Troper, nem lép túl a diskurzus szemantikai szintjén, a tárgyát, a jogot ezért formálisan és átfogóan vizsgálja. Ez egyfelől a diskurzus történeti-társadalmi kontextusától való megfosztását jelenti. Másfelől pedig azt, hogy a vizsgálódás nem egy egyedi nyelvi kijelentésre, hanem az egész diskurzusra irányul, hiszen egy leíró nyelvi kijelentés (pl. „Sótlan a leves”) is értelmezhető előírásként. A jogtudomány és a jogdogmatika viszonya az a legfontosabb kérdés, amit Lochak gondolatmenete felvet.⁸⁶

C) Jogdogmatika-felfogások

A jog, a jogdogmatika és a jogtudomány viszonyára vonatkozóan két markáns irányzat, a monizmus⁸⁷ és a dualizmus⁸⁸ feszül egymásnak.

a) Monista elméletek

A monizmus első tézise szerint a tudomány s annak tárgya közé éles határvonalat kell húzni. A második tézise szerint a

86. Troper: Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité. 310. sk.

87. Uo. 312. skk.

88. Uo. 317. skk.

jogi diskurzusra mint tárgynyelvre vonatkozó metadiskurzus (jogdogmatika vagy jogtudomány) tudományos. Egyfelől van a tárgy, a jog és másfelől pedig a tudomány, amit vagy jogdogmatikának vagy jogtudománynak neveznek. Így gondolkodott a szkeptikus fordulata előtt alkotó Kelsen, s a kortárs jogelmélet egy többé-kevésbé homogén csoportosulása, a posztpozitivisták iskola tagjai, például Aarnio.

A jogtudomány tárgya, írja Kelsen, a jog, egy normarendszer. A norma egy előírás, ami *per definitionem* érvényes vagy érvénytelen, igazságértéke nincs. A norma alapja egy értékítélet, ugyanis önmagában véve jó (helyes, jogos, igazságos stb.) magatartás nem létezik. Egy cselekedet akkor jó (helyes, jogos, igazságos stb.), ha létezik egy értékítélet, amely azt ilyenné minősíti. A jog mint normarendszer nem tudomány, de a jogtudomány állításai rendelkeznek igazságértékkel. A monista álláspont szerint a jogtudomány – vagy jogtudományként felfogott jogdogmatika – objektív, hiszen egy objektív jelenséget, a jogot úgy írja le, ahogyan az van, anélkül hogy azt értékelné. A jogtudományi állítások az igazságmegfelelés elve szerint igazolhatóak. Egy jogtudományi állítás (tétel) akkor igaz, ha az a norma, amire az állítás vonatkozik érvényes (hatályos), ezzel ellenkező esetben pedig hamis. Első megközelítésben ez a szigorú pozitívizmus azt vallja, hogy a *ratio legis* a jogtudományi kutatás területén kívül esik. A doktrína nem tudomány, hiszen nemcsak leírja a hatályos érvényes normákat, hanem a *ratio legis* feltárása révén lehetővé teszi például a norma hatályának kiterjesztését olyan jövőbeni esetekre, amelyeket például a törvényhozó nem láthatott előre. Ilyen értelemben a doktrína vagy jogdogmatika felöleli nemcsak a pozitív jogot, hanem a nem pozitív jogot is. Ezért nem tekinthető a jogdogmatika egyszerűen a jogi diskurzus metanyelvének sem, s aki azt gondolja erről a diskurzusról, hogy tudomány, az „álpozitivisták”.⁸⁹

⁸⁹. Troper: La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak). 290. sk.

Kelsen következetesen visszautasította, hogy a jogtudomány jogforrás, s a jog és a tudomány közti éles elválasztás tézisét mindvégig fenntartotta. A jogtudomány tárgyának meghatározására vonatkozó álláspontja megváltozott. A klasszikusnak nevezett kelseni felfogás szerint – ez a szakirodalomban Alchourrón és Bulygin nyomán „hülétikus” koncepcióként vált ismertté – a norma nem tény, hanem „eszmenyi-egyedi dolog” (absztrakt entitás). A norma normatív mondat vagy mondatok jelentése. Egy norma létezése nem függ attól, hogy milyen módon fejezik ki, és különbözik az olyan normatív-leíró állítástól, ami megállapítja, hogy a norma (vagy normák csoportja) szerint *p* kötelező. Ám ha a norma nem tény, akkor hogyan tudja tiszteletben tartani a jogtudós az igazságmegfelelés elvét? A feladata nem lehet az, hogy leírja a normaalkotó aktust vagy a normát kifejező mondatot, hiszen a norma ettől függetlenül, objektív módon létezik. A „klasszikus” Kelsen úgy gondolta, hogy a jogtudományi állítás (jogtétel) „leíró-előíró” mondat tartalma ugyan előíró („*p* magatartást tanúsítani kell”), ám mégsem ír elő semmit („hogy valaki tanúsítsa *p* magatartást”). A „leíró-előíró” jogtétel koncepciója azonban meglehetősen zavaros, és emellett a tisztasági tesztet sem állja ki. Hiszen ha a jogtétel egy *p* jelentésű *N* normára vonatkozóan azt mondja, „a törvényhozó azt parancsolta, hogy *p*”, akkor a jogtudós nem normát, hanem egy tényt ír le. Ha pedig a jogtudós azt mondja, hogy „*N* normát *p* jelentéssel ruházom fel”, úgy pedig értékel, s nem csak leír. Az expresszív koncepció szerint a norma egy tény, ami az előíró nyelv formájában és csak így jöhet létre. A normát tényként – parancsként, egybeeső emberi magatartásként vagy társadalmi-pszichológiai jelenséggént – felfogó elméletek előnye, hogy az objektivitás kritériumát képesek tiszteletben tartani, hiszen egy tény empirikus módszerekkel megvizsgálható és ellenőrizhető. A probléma viszont az, állítja Troper, hogy a jogtudomány (jogdogmatika) elveszti önállóságát a többi társadalomtudományhoz képest.

A monizmus mindkét változata hibás, és nem vet számot azzal, amit a jogászok valóban tesznek, vagyis azzal az argu-

mentatív diskurzussal, amit a normáról folytatnak. A hülétikus koncepció szemszögéből nézve ez irreleváns, hiszen itt az a feltételezés, hogy a normának olyan objektív jelentése van, amelyet a jogászok mindössze megállapítanak. Ám ez empirikusan igazolhatatlan ideológia. A jogalkalmazás szillogisztikus felfogása például ezt az ideológiát tükrözi, holott abból a nyelvi kifejezésből, hogy „minden tolvajt meg kell büntetni”, nem vezethető le, hogy Kovács Józsefet meg kell büntetni, mivel ennek az egyedi normának az érvényessége nem a szillogizmus logikai inferenciájának helyességéből, hanem abból fakad, hogy Kovács József megbüntetését a megfelelő hatáskörrel rendelkező szerv előírja. Az expresszív felfogás híve viszont nem veszi észre azt, hogy az érvényes norma létezésének megállapításához nem egy, hanem legalább két akarati aktusra van szükség: az egyik létrehozza a normát, a másik pedig jelentéssel ruházza fel.

Míg a monizmus a tudományban oldja fel a jogdogmatikát, de megőrzi a távolságot a jog és a jogra vonatkozó diskurzus között, addig a posztpozitivisták – például Peczenik, Aarnio és Wróblewski – a jogi diskurzushoz veszélyesen közel sodort dogmatikát kívánják tudományos rangra emelni. Ezt azért teszik, mert felismerik, hogy a normák jelentését megállapító jogászi érvelés nem negligálható. A jogdogmatika és a jogtudomány egy és ugyanaz a diszciplína, állítják, de abban már nem értenek egyet, hogy mit is jelent a „tudomány”: Peczenik Lakatos, Aarnio pedig Kuhn felfogását követi. Wróblewski meghatározása szerint: a jogdogmatika „a jogtudomány *pars pro toto*ja”.⁹⁰

A tudományfogalom meghatározatlansága eleve „gyanús”, de emellett van még egy módszertani probléma is. Ez pedig abban áll Troper szerint, hogy ezek a posztpozitivistának nevezett gondolkodók eltörlik a jogra vonatkozó diskurzus (tu-

90. Troper: Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité. 314.

domány) és a jogi diskurzus (tudomány tárgya) között Kelsen által korábban meghúzott éles határvonalat. Arra hivatkoznak, hogy mindkét diskurzus gyakorlati célokat szolgál, s hogy ismeretelméleti szempontból a bíró és jogtudós nézőpontja között nincs (vagy alig van) különbség, az igazolás szerkezete ugyanis „mindkét esetben hasonló: a jogrend tartalmát magyarázó jogdogmatikus és a bíró hasonlóan gondolkodnak”.⁹¹ Nehéz objektivitásról beszélni ebben az esetben, hiszen mindkét tevékenység értékelésen alapul, tudniillik a diszciplináris mátrixba beleveszik az értékelést is. A jogdogmatika és a jogi diskurzus közötti különbség ily módon árnyalatnyivá olvad: a jogtudós és a bíró között mindössze annyi a különbség, hogy utóbbi „hivatalos” jogi választ ad, s az előbbivel szemben neki nem feladata, hogy rendszerezze a normákat. Lévéen mindkét diskurzus kognitív vagy „kvázi kognitív”, a jogtudós vagy jogdogmatikus éppen úgy jogalkalmazó, ahogyan a bíró. De mi féle tudományról van szó? – veti fel a kérdést Troper. Hogyan is lehet – miként azt teszik a posztpozitivisták – a jogtudósok, fizikusok és a matematikusok tevékenységében bármiféle *genus proximumot* keresni? A helyes válasz szerinte az, hogy a kérdés rossz. Nem afelett kell töprengeni, vajon a kémikus, a teológus, az irodalmár, a pszichiáter és a jogtudós munkája hasonló-e. Egy adott diskurzus tudományos jellegének bizonyítását ugyanis úgy kell elvégezni, állítja Troper, hogy megmutatjuk, a tárgyat lehetséges leírni úgy, ahogyan az van, anélkül hogy megfogalmaznánk, milyennek szeretnénk látni. A valódi feladat a jogra vonatkozó, tökéletesen kognitív diskurzus kritériumainak meghatározása.

A jogdogmatika (vagy doktrína) nem tudomány, hiszen értékel. A diskurzusban résztvevő gyakorló jogászok, professzorok és kommentárok megvilágítják a jogalkotás értékalapjait, mivel ennek segítségével lehet jó és meggyőző érvelést kifej-

⁹¹ Uo. 315.

teni. Céljuk az, hogy megmagyarázzák és megértsék a jogot, feloldják az ellentmondásokat, és kitöltsék a joghézagokat. Ez a *ratio legist* bemutató tevékenység előíró-értékelő jellel, olyannyira, hogy a doktrínát vagy dogmatikát jogforrásnak vagy autoritásnak is tekintik.

b) Dualista elméletek

A következő elméletcsoport már gyűjtőnevében is utal arra, hogy annak tagjai érzékenyebbek a jogdogmatikai-doktrinális diskurzus sajátosságai iránt. A dualizmus álláspontjára az önálló jogdogmatika-elmélet megalkotásáig ugyan el nem jutó, de sok tekintetben annak alapvető pontjait kidolgozó idős Kelsen, valamint a jog „intézményi elméletét” jegyző MacCormick és Weinberger helyezkednek.

A dualisták a jogi diskurzusra vonatkozó két további diskurzust különböztetnek meg. Az egyik gyakorlati-dogmatikai, a másik pedig elméleti-tudományos. Kelsennek a *Tiszta jogtan* második kiadásában kifejtett realizmuskritikája már felvillant egy ilyen lehetséges módszertani utat. Mint ismert, a realista tézis szerint a jog „arra vonatkozó jóslatok összessége, hogy a bíróságok miként fognak majd dönteni”. Feltéve, de meg nem engedve, hogy a realistáknak igazuk van, a jogászok (bírák és ügyvédek) tevékenysége elválasztható az előrejelzéseket – vagy inkább a bírák jövőbeli magatartására vonatkozó találgatásokat – megfogalmazó tudósétól. Minthogy e jövőbeli tényeket szociológiai-pszichológiai tényezők határozzák meg, a realista jogtudomány nem más, mint jogszociológia. A szociológiai nézőpont egy másik szempontból is releváns, hiszen a realisták szerint a bíróságok arra törekszenek, hogy a jogot társadalmi technikaként működtetve döntéseikkel meghatározott hatásokat váltsanak ki a társadalomban. Kelsen számos olyan ellenvetést fogalmaz meg ezzel az állásponttal szemben, amelyben – legalábbis kezdetleges formájában – megjelenik a dualizmus. A jogtudomány nem ugyanaz, mint a jogi tanácsadás, ezért, mégha ilyen előrejelzések lehetségesek is, ezek elkészítése nem az érvényes (hatályos) általános

és egyedi normák leírására vállalkozó jogtudós dolga, hanem az ügyvédeké. A jogi diskurzus mellett nem egy, hanem két másik, egymástól elkülönülő diskurzus létezik: egyfelől a jogdogmatika, amelynek keretei között az ügyvédek és bírák az alkalmazható normák tartalmáról vitatkoznak, s másfelől a jogtudomány, amely a jogtudósok számára van fenntartva. Bár mindkét diskurzus kognitív, tárgyuk egymástól eltér: míg a praktizáló ügyvéd kauzális, addig a jogtudós beszámítási viszonyokat tár fel. Troper szerint a kelsen-i realizmus-interpretáció leegyszerűsítő és rossz. A realisták ugyanis nem állítják, hogy az ügyvédek előrejelző állításainak alapjait kizárólag társadalmi-pszichológiai tényezők képezik, hiszen az előrejelzések kiterjednek a bírák várható érvelésére is. Az érvelést pedig a szociológiai-pszichológiai tényezők mellett befolyásolja az azok alapját képező, alkalmazandó jog ismerete is. Vagyis a „jóslatok” nemcsak kauzális, hanem beszámítási viszonyokra is vonatkoznak.

A MacCormick–Weinberger által kidolgozott neoinstitutionalista elmélet különbséget tesz a jogdogmatika és a strukturális elmélet között. Ez az elmélet nagy vonalakban úgy választja szét a két diszciplínát, hogy míg az utóbbi a formával, addig az előbbi a tartalommal foglalkozik. Mindkettő leíró jellegű. Szemben a normativista elméletekkel az előbbi nem metaelmélete az utóbbinak, s szemben a pozitivisták tanításával, az utóbbi nem tudomány. Ám problematikusnak tűnik ebben az esetben a strukturális elmélet episztemológiai alapja mellett a jogdogmatika axiológiai semlegessége is. Ami az előbbit illeti, a norma és a normára vonatkozó állítás pozitivisták megkülönböztetése kiegészül egy másikkal, amely elválasztja egymástól az érvényes (hatályos) és az alkalmazható normákat. Annyiban Kelsent követi Troper, hogy azt állítja, *ratio legis* nem tárgya jogtudománynak: az, hogy a zsidó származásúakat a törvényhozó a közérdekre hivatkozva zárja ki a közfunkciókból, a jogi tudás szempontjából nézve indifferens, hiszen nem érinti a jog érvényességét. (Pszichológiai, jogszociológiai, történeti, etikai

vagy jogdogmatikai szempontból ez az információ nyilvánvalóan releváns.⁹²⁾ Troper felfogása szerint csak az tekinthető érvényes normának (*normes en vigueur*), amelyet a hatáskörrel felruházott szerv már értelmezett, mert a norma „egy emberi cselekedet jelentése, ami rendszerint egy szövegben nyer kifejezést, s ezt a jelentést egy autentikus értelmezésre képes autoritástól származó döntés határozza meg”.⁹³

Az alkalmazható normák (*normes applicables*) csoportját *per definitionem* azok a jogalkotó által készített szövegekben megtestesülő jelentések alkotják, amelyeket még nem értelmeztek. Ha még nem értelmezték ezt a normát, úgy az arra vonatkozó állítások nem lehetnek leíró jellegűek, hiszen a felhatalmazott szerv – legalábbis potenciálisan – végtelen számú jelentéssel felruházhatja a szöveget. Az alkalmazható normákra vonatkozó beszéd előíró-normatív jellegű. A gyakorló jogászok, a döntést megelőzően a bírák, valamint a doktrína ilyen normákkal foglalkozik.⁹⁴

D) Jogdogmatika és a „semleges” jogtudomány

A jogdogmatikai diskurzus normatív: nem „a joggal” foglalkozik, hanem azzal, hogy a normaszöveget milyen jelentéssel kell felruházni. Ebből adódik, hogy a jogdogmatika és a jogtudomány nem különböző nyelvi szinteken (tárgynyelvi és metanyelvi szinteken) elhelyezkedő diskurzusok, s nem is absztrakciós szintjük fokában térnek el egymástól. Sőt, még abban is hasonlítanak egymásra, hogy a jogdogmatikai állítások és a jogtudományi állítások is lehetnek igazak vagy hamisak. Egy jogtudományi állítás viszont igazolható, míg a jogdogmatika állítására ez nem áll. Ha az az esemény, amelyet a jogtudós leír, bekövetkezik, akkor az állítás igaz, ellenkező esetben ha-

92. Troper: La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak). 291.

93. Troper: Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité. 319.

94. Uo. 319. sk.

mis. Míg a jogtudományban igazolásról lehet beszélni, addig a jogdogmatikában nem erről van szó. A jogdogmatikai beszédben lehet állítani, hogy a bíró „tévedett”, vagy hogy „helyesen döntött”, avagy hogy „úgy döntött, ahogy megjósolták”, de ettől az állítás még nem lesz igazolt, annak célja inkább az, hogy a joggyakorlatot befolyásolja.

Troper a két diskurzus eltérő jellegzetességeit négy pontban foglalja össze: (1) A tárgy különbsége: míg a jogdogmatika az alkalmazható jogot, a jogtudomány az érvényes jogot írja le. (2) A cél különbsége: a jogdogmatikának gyakorlati (például a joggyakorlat kritika révén történő befolyásolása), a jogtudománynak viszont elméleti célja van (alapvetően az ismeretszerzés). (3) Az állítások igazságértéke: a jogdogmatikai előírások vagy értékelések „igazak”, amennyiben elfogadhatók egy meghatározott hallgatóság számára, ezzel ellentétben a jogtudomány állításai mindössze megállapítások vagy indikációk, így tételei abban és csak abban az esetben igazak, amennyiben megfelelnek a hivatalosan megállapított jelentésnek, következésképp, (4) (Az igazolás módja:) míg a jogtudomány állításai igazolhatóak vagy cáfolhatóak, addig a dogmatikai állításoknak nem ilyen a természetük.⁹⁵ Mindez azt bizonyítja, hogy a jogdogmatika nem semleges, és nem is lehet semleges, hiszen értékelésen alapul. Így nem is meglepő, ha a jogalkotó a doktrínát, a jogdogmatikát, avagy azok egy részét (például a jogértelmezési szabályokat) „pozitíválja”, azaz jogforrásként ismeri el. Ebből azonban nem következik, hogy a jogtudomány ne lehetne semleges és tudományos. A jogdogmatika „semlegességének” vagy „objektivitásának” kritikájából nem követke-

95. Uo. 320. Így az az állítás, miszerint „X törvénynek az a jelentése, hogy p kötelező” abban és csak abban az esetben igazolható állítás, amennyiben egy kompetens autoritás ezzel a jelentéssel ruházta fel a mondatot. Amikor a jogdogmatikai diskurzusban valaki megállapítja, hogy valamely bíró „tévedett”, akkor valójában arról van szó, hogy az e diskurzusban résztvevő jogtudós ilyen vagy olyan irányban kívánja befolyásolni a joggyakorlatot.

zik a „tisztá” vagy „pozitivista” jogtudomány eszméjének elvetése: az érvényes (hatályos) jogra mint empirikus kontroll alá vehető tényekre vonatkozó leíró diskurzus lehetséges.

A „semlegesség” vagy „objektivitás” azonban mindössze szükséges, de nem elégséges feltétele a diskurzus tudományoságának – jelzi Troper. Egy ilyen „tisztá” diskurzus ugyanis adott esetben tökéletesen redundáns. A redundancia legjellegzetesebb esete, amikor a „jogtudós” a jogi normákat függő beszédben megismétli. Ez a tevékenység lehet „semleges”, de nem tudományos. A dilemma egyértelmű: ha valaki a „tisztaságnál” többre értékeli az értékelést, akkor elveti a pozitivistá tudományos eszményt, s a jogtudományt feloldja a jogdogmatika gyakorlati-pragmatikus diskurzusában; ha viszont a „tisztaság” eszményéhez ragaszkodik, akkor bele kell törődnie, hogy adott esetben „tudománynak” látszó „objektív” és „semleges” tevékenységet végez, csak éppen semmi értelme sincs. A dilemmát már Kelsen is felismerte, bár meg nem oldotta, amikor arról beszélt, hogy a büntetőjog és a büntetőjog-tudomány egymás mellé helyezése – azaz a jogi és a jogtudományi diskurzus – felesleges. A dilemma egyik megoldása az lenne, ha a jogtudományi tételek absztraktságával szembeállítanánk a jogdogmatikai állítások konkrét jellegét. Így például az tétel, miszerint az S jogrendben „a »képviselő« fogalmának X vagy Y tartalma” azért lenne tudományos, mivel az számtalan tényből megalkotott absztrakció. E megoldás azonban két okból is elfogadhatatlan. Egyrészt mivel ez az absztrakció értékelésen alapul, másrészt mert ez egy sem nem igazolható, sem nem cáfolható állítás. Egy másik utat jár be Norberto Bobbio, aki a jogtudományi diskurzust a törvényhozó beszédének rekonstrukciójával azonosítja. E diskurzus egy metanyelv, amely rekonstruálja és rendszerezi azt az előíráshalmazt, amit a törvényhozó alkot. Ám valójában ez az út is ugyanabba az irányba tart, mint a posztpozitivistáké, amely magát a jogra vonatkozó diskurzust „kvázi kognitív” és értékelő tevékenységként meghatározva a jogtudományt feloldja a jogdogmatikában. A vichyi korszak jogászaira vonatkozó vádak igazoltak, de nem

azért, mert ők jogi pozitivisták voltak, hanem éppenséggel azért, mert nem voltak azok. A jogi pozitivizmus nem írja elő vagy tiltja meg a jogász diskurzus résztvevői számára a jogi pozitivistá attitűdöt – vagyis az értéksemlegességet –, hiszen erről hallgat. Ha a jogtudomány tárgya az, hogy leírja a normákat és azt a kényszert, amelyek meghatározzák a normák megalkotását, úgy az semleges és tudományos diskurzus, vagyis a jogi pozitivistá eszmény megvédhető. Ezzel szemben erkölcsileg semleges jogdogmatika lehetetlen.⁹⁶ A jogtudomány, abban az esetben kerülheti el, hogy redundáns diskurzus legyen, állítja Troper, ha képes legalább két, egy szerényebb és egy erőteljesebb célkitűzést teljesíteni.⁹⁷

A pozitivistá jogtudós szerényebb célkitűzése az, hogy egyedi jogtudományi állításokat tegyen. Ilyen állítás például a következő: „S jogrendszerben N norma jelentése az, hogy $p(x)$ kötelező.” Ez az állítás – az eddig mondottakra tekintettel – nem redundáns. Troper elmélete szerint ugyanis egy N norma alapját képező szövegnek végtelen számú jelentése ($p(1-\infty)$) lehet. Empirikusan igazolhatatlan, hogy a normaszövegnek eleve adott, objektív „egyetlen” [„a $p(x)$ ”], avagy véges számú $p[a-z]$ jelentésből felismert „helyes” jelentése van. Az értelmezési kompetenciával felruházott tekintély mérlegelési jogkörében – amelynek határait szintén az autoritás állapítja meg – az elméletileg végtelen számú jelentések közül kiválaszt egyet – például, de nem feltétlenül a „ $p(x)$ ”-et –, s ez lesz az a hivatalosan megállapított jelentés, az „N norma”, amit a jogtudós leír a fenti formában. Ez azt jelenti, hogy a jogtudós nem tudja reprodukálni $p(x)$ jelentést, amely a norma(szóveg) alkotó aktusban vagy a normaalkotó mentális állapotában vagy intenciójában benne rejlik, hiszen ezzel kilépne a tudományos diskurzus keretei közül. Azt a jelentést viszont le tudja írni vagy meg tudja jelölni, amelyet az autoritás kiválasztott.

96. Troper: *Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité*. 324.

97. *Uo.*

Hozzá kell mindehhez tenni, hogy a „jogalkalmazói” (például bírói) autentikus/volitív aktus annak ellenére sem szubjektív, hogy maga az értelmező a szöveg jelentésének megállapítása terén tökéletesen szabad. Azt a „szubjektív” jelentést ugyanis, amelyet kiválaszt, a jogrendnek számítjuk be, s az illeszkedik a többi jelentéshez is. Ezért e jelentést a normaszöveg „objektív jelentésének” kell felfognunk. Jól látszik, hogy a jogértelmezés e mechanizmusának leírása során Troper nem a „klasszikus” korszakban, hanem a szkeptikus fordulat után kidolgozott kelsenian tanokat követi. Mint ismert, az idős Kelsen maga is arra az álláspontra helyezkedett, hogy a normajelentés létrejötte egy értelmezési eljárás eredménye. Korábban úgy gondolta, hogy a jelentés a jogalkotói aktusban benne rejlik.⁹⁸

Ez azt jelenti, hogy az értelmezés előtti jogszabálysöveg nem tekinthető normának. A jogtudományi állítás nem is a jogalkotó által készített szövegeket elemzi, hanem a hivatalos szerv által megállapított jelentést írja le. A realista felfogás nem belső nézőpontot foglal el (mint a jogdogmatika), hanem mérsékelt-külső nézőpontba helyezkedik. Nem magát a normát írja le, hanem azokat a tényeket, amelyek létrehozzák a normát. A tény pedig a jogalkalmazói magatartás, amely alapján előrejelzések tehetők. A jogtétel vagy jogtudományi állítás azt mondja meg, hogy ilyen vagy olyan helyzetben a jogalkalmazó ilyen vagy olyan normát produkál majd. Ennek során figyelemmel van az értékekre, de nemcsak a törvényhozóra, hanem minden olyan (politikai, társadalmi, pszichológiai, vallási) tényezőre, amely befolyásolhatja a jogalkalmazót döntésének meghozatala során. Ám ez a tudomány nem kíván meggyőzni senkit, pusztán cáfolható állításokat kíván tenni a jogalkalmazók feltehető jövőbeli érveléseiről, amelyekkel iga-

98. Azért objektív ez a jelentés, mert nem a jogalkotó szubjektív szándékát fejezi ki. Az objektív jelentéssel a jogrend ruházza fel az adott normát. (Pl. a „szeressétek ellenségeiteket!” parancs akkor norma, ha létezik egy másik norma, amely szerint az e parancsot adó vallásalapító parancsainak engedelmeskedni kell.)

zolják a döntésüket.⁹⁹ A jogtudomány erősebb célkitűzése az, hogy leírja, e tények miként jönnek létre, s ez okból a normaalkotó értelmezési eljárást is vizsgálódása tárgyává kell tennie. A jogalkalmazó autoritás által végzett jogértelmezés – állítja Troper – egy normatív kényszermezőben elvégzett direktívaalkalmazás. A jogtudós e direktívákat bemutatja, ám azokhoz se hozzá nem tesz, se azokból el nem vesz. E kényszermezőt a fogalmi kényszer (a jogalkotó és a jogalkalmazó nem találhat fel új jogi fogalmat, hanem mindössze új tartalommal töltheti meg azokat), a hatalommegosztás elve (az értelmező ágensek egymást korlátozzák), s a jogi hierarchia alkotja. A jogtudós mindezt kiegészíti az adott döntési (értelmezési) szituációt meghatározó faktuális háttér feltárásával.¹⁰⁰

3. Az esetközpontú jogdogmatikája megközelítése

Annak ellenére, hogy a vitatkozó felek, Danièle Lochak és Michel Troper számtalan kérdésben egyetértenek, a jogfilozófiai szempontból legsúlyosabb problémát mégis másként látják megoldhatónak. Mindketten igazságtalannak tartják a faji törvényeket, mindketten elítélik a korszak jogtudósainak legitimitációt erősítő vagy helyettesítő írásait, de míg egyikük azt állítja, hogy az utóbbi vád egy rossz jogfilozófia, nevezetesen a jogi pozitivizmus gyengeségéből fakad, a másik ezt tagadja. A vita túlnőtt Maurice Duverger személyén.

⁹⁹. Troper: *La doctrine et le positivisme* (à propos d'un article de Danièle Lochak). 291. sk.

¹⁰⁰. E módszertani program lényegéről lásd részletesen Michel Troper: *La philosophie du droit*, Párizs: P.U.F. 2003.

3.1. Jogi pozitivizmus és természetjog-tan

A rekonstrukcióból jól kitűnik, hogy a vitapartnerek eltérő érvelési stratégiát dolgoztak ki. Lochak a jogszociológia eszköztárát mozgósítva egy esettanulmányból (vichyi jogászok diskurzusa) általános jogfilozófiai következtetést vont le (a jogi pozitivizmus elítélése), Troper stratégiája viszont az volt, hogy az absztrakció lehető legmagasabb, jogelméleti szintjéről leereszkedve (a pozitivisták jogdogmatika lehetetlensége) végül visszaautaljon a vitapartnerre által feldogozott esetre. Ez a két-szintűség részben jót tett a vitának, hiszen gazdaggá tette a perspektívákat, de magában hordta az egymás mellett elbeszélés veszélyét is. De sem az egyik, sem a másik álláspont nem meggyőző. Ennek egyik oka, hogy a vitapartnerek fogalmi keretül, helytelenül, a természetjogtan és a jogi pozitivizmus szembeállítását választották.

A) *A vichyi jog természetjogi igazolása*

Lochak a pozitivizmust támadja, amit egyfelől az egzegéta hagyománnyal azonosít, másfelől pedig az erkölcsi semlegesség ideológiájával. Troper a jogi pozitivizmust védi, amit ő viszont az empirikus, de nem szociológiai elméletként azonosít. Számára minden más természetjog, még az egzegézis is. Ha eszmetörténeti szemszögből nézzük, valójában bármelyik jogfilozófiai irányzatról bizonyítható, hogy bizonyos értelemben és bizonyos területeken természetjognak tekinthető, még ha történetesen – a comte-i tradíciónak megfelelően – mindenki pozitivistának vallja is magát. Az viszont tény, hogy az autoriter-totalitárius rezsimeket rendszerint valamilyen antiformalista elmélet igazolta.

Olivier Jounjan tanulmánya szerint a náci Németországban például legalább négy robusztus antipositivisták irányzatot lehet felfedezni: (1) Az első egyszerűen azonosítja a fajt, a jogot és a (rasszista) erkölcsöt, azt állítva, hogy „jogos” vagy „igazságtalan” az, amit az árják annak neveznek. (2) A második valamifélevölksch természetjog, amely a közösség élő,

organikus természetjogát állítja a középpontba (elutasítva egyúttal a polgári társadalom individualista természetjogát is). (3) A harmadik ugyancsak *völkisch*. Ez, eltorzítva a Savigny–Puchta-féle tanítást, a neo-hegelianizmus rasszista változata volt, amely egyszerre vetette el a természetjogot és a jogi pozitivizmust mint absztrakciókat, de fenntartotta a jog és erkölcs egységét a „konkrét szellem metafizikája” alapján. (4) S a negyedik a jog Schmitt-féle politikai koncepciója, amely pedig úgy ahogy van, elutasítja a „semleges” jogtudományt (mint a zsidó gondolkodás egyik kifejeződési formáját).¹⁰¹

A német irányzatokat „import” formában ismerték Franciaországban is, hála, mások mellett, a mindig az éppen aktuális rendszerhez hű komparatisták bűvárkodásainak. A fasiszta államelmélet alapjairól egy viszonylag objektív leírás már a Carré de Malberg tiszeteletére megjelent emlékkönyvben is olvasható, ahol a szerző az olasz irodalom alapján rekonstruált felfogást Duguit tanával veti össze.¹⁰² Visszatérve a fenti tipológiára, úgy tűnik, hogy az (1) irányzat leginkább könyvismeretesei formájában volt ismert Franciaországban. A (2)–(3) irányzat nem volt mérvadó Franciaországban, ahol a történeti jogi iskola nem fejthetett ki olyan hatást, mint Németországban, mivel az egzegéta hagyományt a szabad tudományos kutatás iskolája, az államelméletben pedig az institucionalizmus váltotta fel. Így, ha valami, akkor a (4) irányzat járult hozzá a jog- és államelmélet területén a nemzeti forradalom ideológiájának kidolgozásához. A francia kultúra sajátossága azonban, hogy még ez az irányzat is – szemben Schmitttel – tudományosnak és pozitivistának nevezte magát. Így a Lochak által idézett „pozitivista” jogászok között is van olyan, aki legalább egy bi-

101. Olivier Jouanjan: La doctrine juridique allemande. „Rénovation du droit” et positivisme dans la doctrine du IIIe Reich et le droit antisémite de Vichy, *Le Genre Humaine* (1993) 463–496, 468–473.

102. Marcel Prélôt: La théorie de l’Etat dans le droit fasciste, in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Vaduz–Párizs: Topos/Edouard Duchemin 1977. 433–466.

zonyos kérdésben természetjogász volt. Például Bonnard úgy gondolta – már a „nemzeti forradalom előtt” –, hogy az alkotmányozó hatalom nem „jogmentes” állapotban létezik, azaz létezik jog az alkotmány előtt is.¹⁰³ Ez pedig a *lex facit regem* klasszikus természetjogi tétel elfogadásával egyenértékű kijelentés. Mindebből azonban nem következik, hogy Vichyért a természetjogtan lenne a hibás. Egy olyan természetjogász, mint a De Gaulle mellett álló Jacques Maritain számára már maga az „antiszemita jog” kifejezés (ti. „igazságtalan jog”) is önellentmondás. Az is jelzésértékű, hogy mai természetjogtanok között nincs egyetlen olyan sem, amely az egyenlőség valamilyen felfogását tiszteletben ne tartaná. Főként a jogalanyi kvalifikáció során járnak el a természetjogászok igen körültekintően, elutasítva – minthogy filozófiáról és nem szociológiáról van szó – minden származásra utaló kritérium alkalmazását. Semmi sem akadályozta volna meg a természetjogászokat, hogy vitassák a vichyi rendszer jogszabályainak érvényességét. És vitatták is – csak éppen nem a *Revue* hasábjain.

B) A vichyi jog jogi pozitivista igazolása

Tény ugyanakkor, hogy a francia jogászok beszédében a „jogi pozitivizmus” az egzegéta tradíciót és a legalizmust jelentette elsősorban. Még ha valaki azt mondaná, hogy Pétain tábornagy „természetjogias” igazolásra támaszkodott, akkor is el kellene fogadnia, hogy a törvénykommentátorok úgy tekintettek magukra, mint a „jogi pozitivizmus” képviselőire.

A legalista tan szerint a törvény az általános akarat kifejeződése, amelynek objektív jelentését – így az egzegéták – szövegelemzés révén a jogtudomány tárja fel. A törvényhozó úgy változtatja meg a törvényt és az alkotmányos törvényeket, ahogyan akarja. Legalábbis a Carré de Malberg által megalapozott doktrína így szól. Sem az alkotmány, amely a III. Köztársaságban alkotmányos törvények csoportját jelentette, sem

¹⁰³ Franck Moderne: „Réviser” la constitution. *Analyse comparative d'un concept indéterminé*, Párizs: Dalloz 2006. 33. 50. lj.

pedig az alapjogok nem korlátozhatják ebben, hiszen előbbiek mindössze minősített többséggel megszavazott jogszabályok, utóbbiak pedig politikai programok. Am már ekkoriban is ismertek voltak olyan pozitivista tanok, amelyek azt vallották, hogy a jogalkalmazók mérlegelési jogkörben hozzák meg a döntésüket, amiből viszont az is következik, hogy a jogtudós feladata az alkalmazandó szabályok összes lehetséges jelentésének feltárása. Az egzegéta iskola a nyelvtani értelmezés mellett feladatának tekintette azt is, hogy a szövegen keresztül megvilágítsa meg a törvényhozó szándékát, s ezen keresztül pedig bemutassa a vizsgált jogterület alapelveit is. Az viszont igaz, hogy kritikával sem a jogalkotót, sem a jogalkalmazót nem illették e jogtudósok. Mindebből az következik, hogy nem kötelező kommentálni a jogszabályokat, de ha valaki ezt teszi, akkor az összes jelentést, nem pedig az „objektív” jelentést kell bemutatnia. Amikor az igazságszolgáltatás fórumai elkezdték alkalmazni a faji törvényeket, nyilvánvalóvá vált minden jogász számára, hogy mit jelent az „autentikus” értelmezés nyomán a jog.

A Pétain-kormányzat illegálítására vonatkozó érveket viszont maga az alkotmányjogi doktrína zárta ki. Laferrière próbált azzal érvelni, hogy az általa továbbra is érvényesnek tekintett 1875-ös alkotmány által hatáskörrel felruházott szervek ezt a hatáskört nem ruházhatják át másra, minthogy ebben az esetben nem jogról, hanem kötelezettségről van szó. Egy hatáskör delegációja csak abban az esetben lehetséges, ha ezt az alkotmány kifejezetten kimondja, a hallgatás esetén a tilalom fennáll. Ugyanez vonatkozik az alkotmánymódosító szabály módosítására. Ennek hallgatólagos derogációja nem lehetséges; ha ez bekövetkezik, az alkotmányt megsértik.¹⁰⁴ Szerintem a kormányzat csak *de facto* gyakorolja a hatalmat, mivel a doktrína megtiltja az alkotmányozó hatalom delegálását. Az első alkotmányos aktus ráadásul csak küldetéssel ruházta fel

104. Georges Liet-Veaux: *La continuité du droit interne. Essai d'une théorie juridique des révolutions*, Rennes: Sirey 1942. 100. sk.

a tábornagyot, hogy dolgozza ki az új alkotmány szövegét a Nemzetgyűlés helyett. Ezt kellene elfogadnia a népnek, ám a ratifikáció elmaradt.¹⁰⁵ Laferrière érve annak ellenére nem volt meggyőző, hogy az alkotmányos törvény előterjesztője maga utalt a „delegálásra”. A kor jogászhai úgy értelmezték az eseményeket, hogy egy totális alkotmányrevízió következett be. Az alkotmánymódosításra vonatkozó szabályokat is megváltoztatva létrehozták a „vezért”. Nincsen szó delegációról, hiszen az valóban tilos; ez alkotmányjogi értelemben vett forradalom volt. Pétain tábornagy nem államcsínyt vitt véghez, és, legalábbis formálisan, a III. Köztársaság alkotmányának megfelelő új törvényeket hozott. Mégha mind a mai napig ez a többségi álláspont, akkor sem tekinthető probléma nélkülinek. Van olyan pozitivista, aki szerint az alkotmánymódosítási hatalom az alkotmányozó hatalomba beletartozik, s van olyan pozitivista, aki szerint viszont nem.

Sieyes és Bonnard az első megközelítés képviselői. Az alkotmányozó hatalom szerintük alapvetően korlátozhatatlan, a levezetett alkotmányozó hatalmat (*pouvoir constituant dérivé*) viszont a jog korlátozza. Sieyes szerint ezért az alkotmányozó hatalom maga a nép; Bonnard már nem gondolta így, és mint már említettük, bizonyos értelemben jogilag korlátozottnak tekintette az alkotmányozó hatalmat is. De a lényegesebb az, hogy az alkotmánymódosítás joga mindig megmarad az alkotmányozó hatalomnál. Sieyes világosan felállította a mechanizmust: az alkotmányozó hatalom a nép, ezért a népnek joga van akár a legradikálisabb alkotmánymódosításhoz, a forradalomhoz is. A levezetett hatalom viszont nem változtathatja meg az alkotmánymódosítás szabályait.

Mások úgy látják, hogy az alkotmányozó hatalom és az alkotmánymódosító hatalom (*pouvoir de révision*) elválik egymástól. Liet-Vieux szerint a pozitivista felfogásban a jog feladata az, hogy a közvéleményt technikai nyelven kifejezze. Ő

105. *Cours de droit constitutionnel rédigé d'après les notes et avec l'autorisation de M. Laferrière*, Párizs: Saint Jacques 1946/47. 654. skk.

azt tanította, hogy az alkotmány súlyos megsértése következett be azáltal, hogy nem a nép, hanem a Nemzetgyűlés ruházta át a hatalmat Pétainre. De erre szükség is volt, mert ez jelzi, hogy valódi nemzeti forradalom játszódott le, amely a legitimitációját a közvéleménytől szerezte. S hozzáteszi, hogy a Pétaint korlátozó feltételek (pl. a nép általi ratifikáció) ez okból semmissek.¹⁰⁶ Elmélete szerint az alkotmányos rendet alapjaiban érintő alkotmánymódosítás nem is lehetséges, s a módosításra vonatkozó szabályok maguk a jogrendszer integráns részét képezik. Pétain forradalmat csinált, hiszen a forradalom olyan alkotmánymódosítás, amely az alkotmányrevízióra vonatkozó szabályok megsértésével jár. Egyébként történetileg is igaz, hogy eddig az 1958 előtti összes francia alkotmányt forradalommal helyeztek hatályon kívül (kivéve azt amit „elfelejtettek” derogálni¹⁰⁷).

Az államcsíny a „pozitivista” alkotmánydogmatika szerint legális volt, s az illegalitás érve formálisan nem, csak materiálisan volt elképzelhető. Ha a jogászok azt állították volna, hogy a „Francia Állam” új alkotmányos törvényei azért ütköznek materiálisan az államforma megváltoztatásának tilalmába, mert ellenkeznek az egyik legfontosabb elvvel, az egyenlőséggel, pontosabban annak egy meghatározott felfogásával, akkor a jogrendszer legalitása is megkérdőjelezhető lett volna. Sőt, a faji törvények nemcsak a III. Köztársaság elveivel, hanem az új alkotmány egyenlőségfelfogásával sem állnak összhangban. A tábornagy „közösségi elvei” (*principes communautaires*) szerint az állam az állampolgárok áldozatainak egyenlőségét követeli meg, cserébe az esélyek egyenlőségét adja (XI. pont). Az igazi hierarchia a tehetségen és az érdemen nyugszik (XIII.

106. Liet-Veaux: *La continuité du droit interne*. 446.

107. Ez pedig az 1793-as alkotmány volt. Ennek 121. szakaszára hivatkozott néhány jogász a fegyverletétel alkotmányellenességének igazolása során.

pont).¹⁰⁸ Liet-Vieux arra mutat rá, hogy a zsidó és a nem zsidó polgárok közötti alapvető megkülönböztetés sérti, bár le nem rontja az elveket. Maga a distinkció, írja, jogilag más módon nem is magyarázható, mint a „szükséggel és az alkotmánykontroll hiányával”.¹⁰⁹

C) A szembeállítás értelmetlensége

Azt láthatjuk, hogy nagy általánosságban nincsen értelme szembeállítani a természetjogtant és a jogi pozitivizmust. A tekintélyelvű rezsim és az egyik vagy a másik jogfilozófiai irányzat között nincsen szükségszerű kapcsolat. Mindig van olyan értelmezési keret, amely nem igazolta volna a hatalmat, s bármelyik irányzatot is tekintjük felelősnek, mindig lesz legalább egy elmélet, amely kivétel ez alól. Ilyen szemszögből nézve túl erős Tropernek (Kelsennek és Rosznak) az az állítása, hogy a demokrácia egyedül antikognitivist metaetika alapján igazolható. Legyen akár természetjogász, akár pozitivist valaki, nyugodtan érvelhet úgy, hogy a nem-autoritárius társadalmi berendezkedés alapja az egyenlőség elve. Még akkor is igaz ez az állítás, ha az egyenlőség bizonyos felfogása egy tekintélyelvű rezsimet is igazolhat. S éppen erre törekedett Pétain is. A Troper–Lochak-vita legalább a következő kérdéseket vetette fel: Kizárja-e tudományosság az erkölcsi ítéletek nyilvánításának lehetőségét? Előírhatja-e az erkölcs a jogtudós hallgatási kötelezettségét, ha súlyosan igazságtalan törvényekről van szó? Tekinthei-e a jogtudós érvényesnek az illegitim jogot?

108. Maréchal Pétain: *La France nouvelle*, Fasqualle: 1942. 7–11. Idézi Liet-Vieux: *La continuité du droit interne*. 423.

109. Idézi Liet-Vieux: *La continuité du droit interne*. 424.

3.2. Jogtudomány és erkölcsi semlegesség

Lochak érvelése azt hangsúlyozza, hogy a jogtudomány ideológiai funkciót lát el, és a leghatékonyabban ezt a feladatot akkor teljesíti, ha „objektivitásra”, „semlegességre” vagy „pozitivizmusra” hivatkozik. Troper helyesen állapítja meg vele szemben, hogy egy diskurzus társadalmi hatásának vizsgálata szociológiai vagy tudományetikai, nem pedig jogfilozófiai probléma. De Troper érvelése mégsem fogadható el egészen. Egyfelől azért, mert az az állítás, hogy jogtudomány csak antikognitivist metaetika alapján képzelhető el, maga is erkölcsi álláspont, hiszen az antikognitivismus melletti elköteleződés a metaetikai irányzatok egyike melletti elköteleződést jelenti. A jog és erkölcs közötti szükségszerű kapcsolat problémája nem oldható meg egyszerűen azzal, hogy azt metaszintre helyezzük. Troper ugyanazt teszi, mint Kelsen, aki előírta, hogy tiszta jogtudományt kell űzni, de azt sohasem árulta el, hogy a „tisztaság” végül is mire jó, s nem mondta meg, hogy ez miért kell megtenni: a leírás előírása is előírás. A Troper által javasolt, a paradigma által kijelölt empirikus tudományos eredmény szerint a jogtudomány feladata az, hogy kimutassa, milyen kauzális viszonyok hozzák létre a döntést, amit ő a normával azonosít. Felfogása implikálja, hogy az alkalmazható, de még nem alkalmazott normákat értelmező és rendszerező jogdogmatika nem semleges. Ki nem mondja, de beleérthető ebbe a tézisbe, hogy e gyakorlati tevékenység szükségszerűen nem, de esetlegesen erkölcsi kritikát is felölelhet. Troper jogtudomány-konceptiója a vichyi rendszer jogára vonatkoztatva, paradox módon, Lochaknak ad igazat. Amikor ugyanis Duverger a tanulmányát elkészítette, még nem alakult ki sem alkotmányt értelmező, sem pedig a faji törvényeket értelmező joggyakorlat. Ez azt jelenti, hogy az ő felfogása szerint nem is lehetett tudományos diskurzust folytatni ezekről a törvényekről. Vagyis a jogtudósoknak hallgatnia kellett, s csak a jogdogmatikus beszélhetett. Másfelől, mint fent bemutattuk, a jogtudósok azért fogadták el legálisnak a vichyi „alkotmány-reformot”, mert találtak egy olyan dogmatikai konstrukciót,

amely jobban illeszkedett az alkotmányjogi hagyományba, s jobban megmagyarázta, hogy Pétain hatalomátvétele miért volt jogos. A kauzális viszonyokat elemző jogtudós viszont azt nem tudja megmondani, hogy ez miért van így.

3.3. Súlyosan igazságtalan törvények kommentálása

Nyilvánvaló, hogy nincsen olyan jogi kötelezettség, amely előírná a kommentárírást. Ezért jogos Lochak kérdésfelvetése, hogy ilyen kötelezettség hiányában, vajon a jogtudósok miért nem hallgattak inkább, ha súlyosan igazságtalan törvényt kellett volna elemezniük. Troper válaszában úgy tűnik túl gyorsan túllép a Radbruch-tételen. Ha igaz az, hogy a Radbruch-formula alapján az elviselhetetlenül igazságtalan törvényt „nem jog” (vagyis nem „érvényes jog”), úgy a jogtudós – akár a jogdogmatikai, akár a jogtudományi diskurzusban – nem mondhat róla semmit, legfeljebb olyan tanulmányt közölhet, amely megállapítja, hogy ebben az esetben egy érvénytelen jogszabályról van szó. Az elviselhetetlenül igazságtalan szabály meghatározása nyilvánvalóan értékítélet alkotását feltételezi. A Troper-féle jogi pozitivizmusnak erről nincs mit mondania, hiszen a jogdogmatika nem szükségszerűen öleli fel az erkölcsi kritikát, a jogtudomány területéről pedig ki van zárva az értékítélet nyilvánításának lehetősége.

3.4. Illegitim, de legális jog problémája

Az egyes jogszabályok igazságtalanságától el kell választani az illegitim jogalkotás esetét. Mint láttuk, a kettő a vichyi rendszerben időben is nagyon szorosan összekapcsolódott, hiszen a hatalomátvétel után szinte rögtön megszülettek a faji törvények (s azok nyomában a tudós elemzések).

Lochak elemzése kiváló példa arra, hogy a weberi triász mennyire nem alkalmazható a 20. századi autoritárius állam-

berendezkedésre: a megfogalmazott kritika célpontja nem a karizmatikus vezető vagy a tradicionalizmus modern formája, hanem éppen a legális-rationális uralomhoz kötődő jogtudósi attitűd. Troper ezt a problémát egyáltalán nem tudja kezelni azzal, hogy egyszerűen kizárja a jogtudomány területéről a legitimitás problémáját.

Van egy másik megkülönböztetés, amely talán nagyobb magyarázó erővel bír. E szerint a *de facto* legitimáció esetében az állampolgárok erkölcsileg nem érzik ugyan elfogadhatónak egy adott autoritásnak való engedelmeskedést, a *de iure* legitimáció estében viszont igen. Úgy tűnik, hogy *de facto* legitimitással a Pétain-rendszer rendelkezett. Az emberek bíztak is a „verduni győzőben”, s maga Pétain azt is gondolhatta, hogy amennyiben a németek lehetetlen feltételeket tűznek a fegyverszünet megkötése feltételéül, úgy ő maga fogja majd meghirdetni az ellenállást. Maga az alkotmányos dogmatika kimutatta, hogy az alkotmányreform (a vértelen „nemzeti forradalom”) alkotmányosan zajlott le, vagyis az állampolgárokból valamifélelegalitásérzet kialakulhatott. Ezt erősítette, hogy maga a közigazgatási szervezet nagyon hatékonyan alkalmazta a jogszabályokat. S végül abból is következtethetünk a *de facto* legitimitás fennállására, hogy az állampolgárok nagy tömege nem csatlakozott a De Gaulle által azonnal meghirdetett ellenálláshoz. Ebben a szociológiai értelemben Lochaknak nyilvánvalóan igaza van: Duverger-nek és társainak traktátusai, a zsidóqualifikációról szóló doktori értekezések, a párizsi jogi kar „se hideg, se meleg” hozzáállása megerősítette a Pétain-rendszer *de facto* legitimitását. Bonyolult kérdés, hogy beszélhetünk-e *de iure* legitimitásról Pétain esetében, s még bonyolultabb probléma az, hogy ha nem volt ilyen, akkor érvényes jogszabályoknak tekinthetők-e a faji törvények vagy sem. Mindezen kérdések megválaszolása után még azt is meg kellene tudnunk mondani, hogy a „semleges”, pozitivisták kommentárok vajon igazolták-e ezt vagy sem. Lochak ezt a problémát nem bontja ki, Troper antinormativista neo-realizmusa pedig – mint említettük – az engedelmeskedési kö-

telezettség kérdését és kötelező erejének problémáját kizárja a jogtudományból, mert az szerinte csak a jog formális forrásaival foglalkozik, a materiális jogforrásokkal viszont nem. A szakirodalomból és a korszak jogszabályainak szövegéből kitűnik, hogy mindkét hatalmi centrum, Pétain is és De Gaulle is fellépett a *de iure* legitimitás iránti igénnyel. Utóbbi a „szabad Franciaország” republikánus kontinuitására hivatkozott, előbbi pedig a „Francia Állam” „nemzeti forradalmára”. A két legitimációs igény legalább két dologban különbözött egymástól. Egyfelől az egyik szakítani kívánt a III. Köztársaság több-kevesebb kivétellel, de végül is alapvetően tiszteletben tartott népfogalmával, s azt egy prepolitikai nemzetfogalommal kívánta helyettesíteni, a másik viszont a továbbra is fenntartotta a republikanizmus „nép” és „nemzet” fogalmait a „szabad Franciaországra” alkalmazva azt. Másfelől az egyik rezsim az egyenlőség elvét alapvetően az érdem szerinti (az esélyek egyenlősége az áldozatok egyenlőségért cserébe) felfogásban értelmezte, míg a másik, megint csak kivételekkel, de azért alapvetően a szám szerinti egyenlőség (ti. az emberi méltóság egyenlősége) mellett kötelezte el magát.

Politikai filozófiai szemszögből nézve nyilvánvaló, hogy De Gaulle legitimációja a meggyőzőbb, de történetileg kérdéses, hogy ez belátható volt az akkori politikai közösség tagjai számára. Am ha valakiknek, akkor a jogászoknak tisztán látniuk kellett, hogy a nemzeti forradalom jogalkotása nem értelmezhető sem az alkotmányos hagyománynak, sem pedig a republikánus politikai filozófiának megfelelően. Ha a jogdogmatika feladata nem merül ki egyszerűen a jogszabályok „szemantikai gondozásában”, hanem kiterjeszti a feladatkörét arra is, hogy feltérképezze a háttérigazolásokat, akkor szükségszerű, hogy számot vet azzal a kérdéssel is, hogy vajon érvényesnek lehet-e tekinteni egy meghatározott erkölcsi felfogás szerint *de iure* legitimitással nem rendelkező jogrendszer szabályait. Állításunk az, hogy bizonyos esetekben szükségszerű, hogy a jogdogmatikának erkölcsi kérdésekben is állást kell foglalnia, ha másként nem, az elemzett jog legitimitásával összefüggésben.

3.5. A „nehéz eset” jogdogmatikája

A jogdogmatikai diskurzus központi problémája a „nehéz eset”, s Dworkinhoz hasonlóan úgy látjuk, hogy ezzel a fogalommal jogi pozitivizmus nem tud megbirkózni. És pontosan a vichyi jogra hivatkozik mint az „extrém esetre” (*cas extrême*) – Dworkintól függetlenül – a doktrínával foglalkozó francia szakirodalom is.¹¹⁰

A korszak jogtudósai úgy írtak, mintha könnyű esetekről lenne szó, pontosabban úgy végezték a dolgukat, mintha a faji törvények által felvetett „nehéz” eset pusztán megoldandó nyelvi probléma lenne, s pontosan ezzel az attitűddel foglaltak állást arról a politikai felfogásról, amit a törvényhozó vallott. De nem csak a „nyitott szövedékű” fogalmak (pl. „árjásítás”) tisztázásról volt szó. Ugyanez a mechanizmus érhető tetten, ha a nehéz esetet kvalifikációs problémaként fogjuk fel. Nyilvánvaló, hogy az, aki úgy tesz, mintha figyelembe sem venné a törvényhozó kvalifikációs tevékenységének vezérmotívumait, nem tud számot adni a kvalifikáció értelméről. Csak ekkor érhető meg, hogy mit is akar mondani a jogalkotó, amikor meghatározott kritériumokhoz köti a közfunkciók betöltését. Duverger nagyon jól megértette, hogy a „nemzeti forradalom” miként jelöli ki a funkció betöltésének kritériumait.

Az egyenlőséget ennyire nyilvánvalóan megsértő szabály, mint a faji törvény, egyértelműen és közvetlenül is felveti a moralitás kérdését. A faji törvények leginkább azért voltak „nehéz” esetek, mert közvetlenül érintették a közösség politikai moralitását. A belső nézőpontot elfoglaló megértő jogdogmatika szükségszerűen, s nem csak esetlegesen követeli meg az érdemi erkölcsi álláspontok megtételét.

110. Jestaz – Jamin (szerk.): *La doctrine*. 249–252. Troper a poszt-pozitivistákat kritizálva mindössze érintőlegesen foglalkozik ezzel a kérdéssel. Aarnio a nehéz esetet tekinti a jogdogmatikáról szóló monográfiája kiindulópontjának. Lásd Aulis Aarnio: *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, Aldershot etc.: Ashgate/Dartmouth 1997.

Név- és fogalommutató

1793. évi francia alkotmány 240, 255, 291
1875. évi február 25-i törvény az alkotmánymódosításról 206, 241, 289, 239
1884. évi augusztus 14-i törvény az alkotmánymódosításról 170, 241–242
1940. évi július 11-i „alkotmányos” törvény 239–241, 244
1942. évi április 18-i „alkotmányos” törvény 244
1946. évi francia alkotmány 129–130, 133, 170, 240,
1971. július 16-án az egyesülési szabadságról hozott alkotmánytanácsi döntés (a „francia Marbury v Madison”) 106, 127–130, 131, 135, 139–140, 149, 213, 234, 243
- alapnorma 37, 51, 82, 85, 86–87, 89, 99, 105, 213
- állam 8, 63, 69, 76, 78, 130, 137, 140, 156, 161–162, 205, 234, 235, 236, 238, 239, 241, 242, 253, 291
- államcsíny 234, 244, 290, 291
- államelmélet 59–63, 69, 247, 287
- államforma 17, 128, 153, 167, 169, 170, 202, 236–238, 240–242, 291
- államhatalom 60–63, 77, 160
- állampolgárság 122, 222, 243, 246, 250, 251, 253, 256, 291, 295
- Államtanács 128, 129, 131, 132, 135, 137–138, 139, 146, 151, 160, 164, 244, 245, 253
- antikvitás (antik, antikvárius) 13, 16–18, 20, 22
- antinómia 37, 39, 40, 41, 190, 265
- Anzilotti, Dionisio 66
- Aquinói Szent Tamás 65, 74
- Arisztotelész 17, 19, 20, 21, 65, 74
- Arnaud, Jean 65, 68
- Austin, John 26, 36, 47, 56, 192
- Austin, John L. 91
- bábállam 236
- Beaud, Olivier 19
- BNA, *British North America Act* (1867) 205, 206, 211–213

- Bobbio, Norberto 25–53, 269, 282
 Bodin, Jean 54, 58, 60
 „Bonham” ügy 118, 180, 184,
 186, 187–192, 194, 202
 Bonnard, Roger 228–231, 238,
 244, 246, 255, 288, 290
 Bragyova, András 10
 Burlamaqui, Jean-Jacques 15,
 17, 59
- Carré de Malberg, Raymond
 54–57, 59–63, 69, 140–141,
 242, 287–288
Code Civil (1804) 24, 127, 167,
 202
 Coke, Edward 176, 181, 182, 183,
 188–192
common law 19, 25, 120, 143,
 149, 177, 180, 184, 187–190,
 192, 198–199, 206–208
 Comte, August 13, 54, 64–65,
 82, 286
- Cs. Kiss, Lajos 10
 Cserne, Péter 10
- Deklaráció, *Emberi és Polgári
 Jogok Nyilatkozata* (1789)
 17, 63, 77, 102, 106, 126,
 128–130, 160–161, 163, 169
 Descartes, René 15
 Domat, Jean 15, 58
 Duguit, Léon 54–57, 63, 64–78,
 228, 255, 287
 Durkheim, Emile 54, 58, 64–68,
 255
 Duverger, Maurice 227–256,
 257–258, 260–262, 285, 293,
 295, 297
 Dworkin, Ronald M. 32, 93–94,
 180, 196, 203, 224, 226, 297
- Egyesült Államok 148, 157, 180,
 194, 205, 210, 214
 Ehrlich, Eugen 54, 66
 Eisenmann, Charles 56, 133,
 140, 141, 153, 162, 232
 elismerési szabály 51, 52, 56, 143,
 160, 167–168, 206, 268
 értéksemlegesség 34–35, 49,
 283
- faji törvények (antiszemita
 törvényhozás) 232–233, 235,
 248, 255–256, 258, 260,
 264–265, 268–269, 272, 285,
 289, 292, 294, 295, 297
- Győrfi, Tamás 10
- Habermas, Jürgen 67
 Hamilton, Alexander 181–184
 Hare, Richard M. 31
 Hart, Herbert 13–24, 26, 27, 36,
 37–38, 46, 48, 51–52, 54, 56,
 158, 227
 hatalommegosztás 16–19, 22,
 118–120, 138, 143, 160–161,
 195, 225, 242, 285
 Hjelmslev, Louis 98
 Hobbes, Thomas 21, 22, 28, 38,
 44, 77, 159, 191–192
 Hogg, Peter W. és Bushell, Alli-
 son A. 205, 218–226
 Holmes, Oliver Wendel 14
 Hörcher, Ferenc 9
 Hume, David 21, 93
- igazságosság (igazságosságérzet,
 osztó igazságosság, kiegyenlí-
 tőigazságosság, „igazságosság
 ágya”) 28, 40–42, 55, 72–75,
 113–119, 139, 143, 154,

- 162–163, 178, 183, 192, 196,
198, 217, 220
- Jhering, Rudolf von 14, 36, 50, 76
jogállam 152, 156, 159, 163, 203,
226, 234, 242
jogbölcselet 9, 54, 56–57, 91
jogfilozófia 23, 24, 26, 57, 78, 80,
90, 92, 95, 100, 191, 227, 228,
247, 257, 285–286, 292–293
(lásd még jogbölcselet)
joghézag 37, 39, 41, 53, 86, 127,
265, 278
jogi ontológia 54–57
jogosultság 46, 63, 77, 120,
126, 160, 198–199, 219–222,
225
jogrendszer (*ordo juris*) 14, 16,
24, 26, 36–42, 49, 51–53,
56, 83–84, 88–89, 98–99,
101–102, 104–105, 110, 141,
146, 150, 167, 176, 183, 201,
204–206, 244, 269, 283, 291,
296
jogszociológia (szociológia) 13,
18, 22, 24, 64, 54–56, 64–68,
80, 93, 111, 139, 144, 218,
244, 255, 259, 268, 270,
272–273, 278–279, 286, 288,
293
- Kant, Immanuel 43, 69, 90, 91,
93, 103, 108
Karta, *Canadian Charter of
Rights and Freedoms* (1982)
210, 214–216, 218–226
Kelsen, Hans 25, 26, 30, 32–38,
41, 50–51, 54–55, 56, 59,
69, 78–112, 135, 140–141,
144–146, 149, 152–153, 158–
162, 232, 255, 271, 274–275,
277–279, 282, 284, 292–293
(lásd még *Tiszta jogtan*)
Könczöl, Miklós 10
Krawietz, Werner 101, 104
- Lochak, Danièle 227, 233, 254,
258, 259–268, 269–273,
285–287, 292, 293–295
Locke, John 17, 20, 23, 77, 176,
214
- MacCormick, Neil és Weinber-
ger, Ota 278–279
Marbury v Madison (1803) 92,
105, 150, 186, 193, 213
McCulloch v Maryland (1819)
213
Merkel, Adolf 59, 104
Montesquieu, Charles-Louis
de Secondat 13–24, 56, 58,
65–66
- norma (jogszabály, társadalmi sza-
bály, *regula juris*) 26, 30, 33,
36, 42–53, 70, 71, 73,
- Ockham, William of 57
- Pascal, Blaise 9
Peppers v Hart (1992) 199–200
Perelman, Chaïm 41, 79, 109,
177
„Persons” ügy, *Henrietta Muir
Edwards and others v The
Attorney General of Cana-
da* [1929] A.C. (18 October
1929) 211–212
Portalís, Jean-Marie-Etienne 24
Posner, Richard 176
pozitivizmus (pozitívista, posztpoz-
itívista, antipozitívista) 9, 10,

- 26, 27, 30, 54–59, 64, 183,
192, 207, 218, 227, 229, 233,
258, 259, 262, 263, 267, 268,
269, 270, 271, 273, 274, 276,
277, 279, 281, 282, 283, 285,
286–292, 293, 294, 297
- Preambulum, 1946. évi francia
alkotmány 129
- Preambulum, 1958. évi francia
alkotmány 102, 106, 129, 130
- Raz, Joseph 54
- Ross, Alf 42, 46, 159, 170, 269,
271, 292
- Rousseau, Dominique 120, 127,
160, 161, 162, 165, 166
- Rousseau, Jean-Jacques 15, 54,
56, 59, 65, 77, 103, 120, 168
- Saussure, Ferdinand de 98
- Savigny, Carl Friedrich von 13,
24, 176, 287
- Schmitt, Carl 19, 54, 95, 101,
104, 246, 287
- Searle, John 48
- Semmitőszék (*Cour de Cassation*)
125, 131–132, 135, 136, 138
- Sieyes, Emmanuel-Joseph 17,
119–127, 290
- Somló, Bódog 25
- Szabó, Miklós 9
- szellem (*Törvények szelleme*) 13,
14, 15, 16, 24, 58, 66, 151,
168, 171, 238, 287
- Szigeti, Péter 10
- szolidaritás 67, 68, 70, 71, 72,
73, 74
- szuverenitás (népszuverenitás,
parlamentari szuverenitás,
nemzeti szuverenitás, törvény
szuverenitása) 60, 61, 62, 68,
76, 77, 115, 116, 127, 129,
152, 154, 155, 157, 180, 182,
186, 205
- Takács, Péter 9
- Tattay, Szilárd 10
- tekintély (autoritás) 34, 36, 37,
41, 44, 46, 47, 49, 54, 57, 58,
60, 85, 111, 118, 141, 147,
150, 167, 168, 201, 202, 203,
239, 249, 278, 283, 285, 295
- tény (társadalmi/intézményi tény,
norma mint tény, tényállás,
tényállítási) 22, 32, 33, 48,
53, 56, 62, 66, 68, 69, 70, 76,
78, 85, 87, 89, 94, 100, 103,
107–108, 120, 136, 159, 234,
263, 267, 275, 278, 284
- természeti állapot 21, 22, 38, 159
- természetjog (természetjogász,
természetjog-tan) 8, 15, 26,
27, 28, 29, 30, 33, 55, 57, 58,
63, 69, 72, 84, 101, 103, 104,
113, 114, 120, 122, 139, 156,
163, 176, 182, 183, 189, 191,
192, 199, 218, 263, 286 287,
288, 292
- Tiszta jogtan 25, 32, 35, 68. 69,
79, 80, 82, 83, 90, 91, 93, 95,
96, 97, 98, 99, 100, 102, 105,
106, 107, 108, 109, 112, 144,
278
- törvényhozó 14, 17, 18–19,
23–24, 39, 42, 57–58, 60, 63,
87, 102, 106, 115, 117, 119,
121, 123–126, 134, 138–142,
145, 147–149, 151, 153–154,
156, 161, 163, 166–167, 172,
175, 177–183, 186, 192–193,
198–200, 204–209, 211,

- 217–225, 232, 239, 247, 250,
257, 259
- Troper, Michel 9, 10, 92, 125,
144–172, 228, 239, 240, 242,
258, 259, 268–285, 286, 292,
293, 295
- utópia 18, 19, 152
- Vedel, Georges 101, 113, 114,
133, 142, 153–154, 162, 165,
170, 171, 233
- Weyr, František 55
- Wright, Henrik von 51, 92



„Loschak és Radbruch ismert érve egy ponton közös: abból a trivialitásból indul ki, hogy mindig lehetséges nem engedelmeskedni a jognak. (Ezt naponta látjuk.) Még ennél is kevésbé kötelező – mint Paksy Máté is említi – kommentárt írni.” (Bragyova András)

„A szerző a modern természetjog kutatójaként vált a magyarországi tudósközösség elismert tagjává. Jelen monográfiája a jogi dogmatikától a kortárs francia és angolszász jogelmélet kérdésein és a jogértelmezés problémáin keresztül az alkotmányosság számos fontos kérdését feldolgozza.” (Györfi Tamás)

„Paksy Máté egyike volt első olyan tehetséges tanítványaimnak a Pázmány Péter Katolikus Egyetem Jogbölcseleti Intézetében, akikből kollégáim lettek. Jó szívvel emlékszem első, természetjogi kutatásaira, külföldi útjairól hazahozott élményeire, egzisztenciális küzdelmeire s elnyúló, jó ízű vitáinkra, melyek hosszú és munkás évek alatt a pozitivista jogelmélet alapkérdéseinek igényes értelmezőjévé avatták.” (Hörcher Ferenc)

Foucault klasszikus munkájából tudjuk, hogy az „archeológia” kritikai, történeti nézőpontú diskurzus-elemzés. Könyvemben nem az alkotmány, a Fundamentális Textúra őseredetét vagy az alkotmányosságról szóló egyetlen nagy elbeszélést, és nem is az „alkotmány” szó lehetséges jelentéseit keresem, hanem azokat a jogi-politikai diskurzusokat, „morajlásokat”, amelyek a hatalom korlátozhatóságának kérdését vették körül.

A jogértelmezés- és jogrendszertan, a dialogikus érvelés, az alkotmánybíráskodás gondolata, a jog elvont értelemben vett „szelleme”, a használt metaforái (pl. az alkotmány „élő fa”) és egyáltalán, maga a jog és jogtudomány a hatalom korlátozására lett kitalálva.

A kötetet lezáró, terjedelmes esettanulmány egy közismert francia jogtudós ellen megfogalmazott vádból kiindulva teszi mérlegre a jogtudomány erkölcsi semlegessége mellett és ellen szóló érveket.



Paksy Máté (1976), egyetemi adjunktus (PPKE JÁK Jogbölcseleti Tanszék). Jogi tanulmányait Budapesten, Brüsszelben és Párizsban végezte. 2011-ben szerzett doktori fokozatot. Három éven át jogi szakreferensként dolgozott a Közigazgatási és Igazságügyi Minisztériumban. Az általa szerkesztett *Európai jog és jogfilozófia* című tanulmánykötet mellett számos, magyar, angol és francia nyelvű tudományos közlemény szerzője.

